


Close
4.82
0.02
0.02
1.6
142.78
113.32

جامعة ابن زهر
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية - أكادير

الأستاذة: خديجة مضى

محاضرات في القانون التجاري

- نظرية التاجر والنشاط التجاري
- التزامات التاجر و حقوقه

السنة الجامعية : 2010-2011

مقدمة عامة

عرفت المنظومة القانونية المغربية المتعلقة بالتجارة والأعمال تحولات جذرية في الآونة الأخيرة تمثلت في تعديل مجموعة من النصوص القانونية التجارية الأساسية ووضع أخرى جديدة ، وقد جاءت هذه الحركة[1] في سياق التحولات الإقتصادية التي عرفها الإقتصاد العالمي الذي أخذ يتجه بشكل متصاعد نحو الإنفتاح والاندماج ورفع الحواجز بين الإقتصاديات المحلية في إطار تحقيق ما أصبح يعرف بالعولمة . وقد فرض هذا الوضع على المغرب نهج مجموعة من الإصلاحات لتأهيل اقتصاده لجعله قادرا على الاندماج في النظام الإقتصادي العالمي الجديد.

وقد شملت هذه الإصلاحات مختلف المجالات الإقتصادية والإجتماعية والتشريعية وهي التي تعنينا هنا بالدرجة الأولى حيث صدرت مجموعة من القوانين وأهمها مدونة التجارة الجديدة بتاريخ فاتح غشت 1996 والقانون المنظم للشركات المساهمة بتاريخ 30 غشت 1996 والقانون المنظم لباقي الشركات بتاريخ 13 فبراير 1997، ثم القانون المتعلق بإحداث المحاكم التجارية بتاريخ 12 فبراير 1997،وقانون مؤسسات الإئتمان والهيئات المعتبرة في حكمها بموجب القانون رقم 34.03 لسنة 2006[2]، وغيرها من القوانين الأخرى التي شملتها الحركة التشريعية الهائلة التي تعمل من أجل تكملة المنظومة القانونية المتعلقة بالتجارة والأعمال.

وقد كان لهذه التغييرات التي عرفها القانون التجاري المغربي الحديث أثر كبير على هذه المادة التي أصبحت دراستها تحتل الآن مكانة مركزية ضمن الدراسات القانونية كما أن التعامل معها يتطلب اطلاعا واسعا يتعدى المعرفة القانونية إلى المعارف الإقتصادية والسياسية والإجتماعية.

1 - قد بدأت هذه الحركة بصدور القانون رقم 9.88 المؤرخ في 4 أغسطس 1992، بشأن القواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها

2 - الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006.

فصل تمهيدي: مدخل لدراسة القانون التجاري

إن دراسة القانون التجاري تقتضي منا أن نبدأ بالتعريف بالقانون التجاري وبيان خصائصه ومميزاته(الفرع الأول) ثم نطاق تطبيق قواعد القانون التجاري(الفرع الثاني) ، وبعد ذلك سنتوقف عند التطور التاريخي لنشأة القانون التجاري(الفرع الثالث) وأخيرا مصادره(الفرع الرابع) .

الفرع الأول: التعريف بالقانون التجاري وبيان خصائصه ومميزاته

المبحث الأول: التعريف بالقانون التجاري

أولا: المقصود بالقانون التجاري:

القانون التجاري فرع من فروع القانون الخاص يشمل القواعد القانونية التي تحكم الأعمال التجارية والتجار[1]، وهذا ما أكده المشرع المغربي في مدونة التجارة الجديدة عندما نص في المادة الأولى على أنه : "ينظم هذا القانون القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية والتجار"

فبينما ينظم القانون المدني كافة الأعمال التي تنشأ بين الأفراد، ويشكل بالتالي الشريعة العامة للنشاط الفردي، فإن القانون التجاري يقتصر على حكم طائفة معينة من الأعمال هي الأعمال التجارية وطائفة معينة من الفاعلين الاقتصاديين هم التجار، فيبين حقوقهم والتزاماتهم.

ثانيا: المقصود بالتجارة

لكلمة التجارة مدلول قانوني أوسع من مدلولها اللغوي أو حتى الإقتصادي.

- والتجارة في اللغة وفي الإقتصاد يقصد بها عمليات الوساطة بين المنتجين والمستهلكين.

- وفي المدلول القانوني يقصد بها بالإضافة للمفهوم السابق عمليات التحويل الصناعي للمواد الأولية، وكذلك بعض الخدمات مثل النقل والتأمين والإشهار والعمل البنكي،

1 شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الجزء الأول، النظرية العامة للتجارة وبعض الأعمال التجارية [illegible]، ص 12، [illegible] في القانون التجاري 1987، ص 7.

والأخذ بهذه النظرية يقتضي أن يكون هناك تحديد مسبق للمهن التجارية التي يستطيع الشخص إذا تعاطى إحداها أن يكتسب صفة تاجر وهو أمر ليس من السهل تحقيقه، وذلك بطبيعة الحال لعدم توقف عجلة التطور، ولأن المشرع لا يستطيع التنبؤ بالحرف التجارية لحاجيات التجارة المتطورة.

وتجدر الإشارة على أن القانون التجاري في بداية نشأته كان يقوم على الإعتبار الشخصي ، إذ كان قانون طائفة التجار إلى ان جاءت الثورة الفرنسية التي قضت على نظام الطوائف فاتجه اتجاها موضوعيا.

ثانيا: النظرية الموضوعية

القانون التجاري في مفهوم هذه النظرية هو قانون الأعمال التجارية وليس قانون التجار، ويقصد بالأعمال التجارية هنا الأعمال التي يعتبرها القانون تجارية بصرف النظر عن القائم بها تاجرا كان أو غير تاجر[1].

والقانون التجاري المغربي القديم تأثرا منه بالقانون الفرنسي كان يأخذ بالنظرية الموضوعية في الأساس ويطعمها بالنظرية الشخصية ، حيث عدد مجموعة من مجموعة من الأعمال واعتبرها تجارية وأخضعها للقانون التجاري بصرف النظر عن القائم بها، وفي نفس الوقت جعل من احتراف تلك الأعمال سببا في إضفاء صفة "تاجر" على القائم بها.

ولما صدرت مدونة التجارة الجديدة طرح التساؤل حول الأساس الذي اعتمده المشرع في بناء القانون التجاري الجديد، فذهب أغلبية الكتاب[2] إلى كون المدونة بنيت على أساس النظرية الشخصية، حيث أعطت الأولوية لتحديد التاجر، أما تحديد الأنشطة التجارية فقد جاء عندها بشكل تبعي ، ويتضح ذلك من خلال عنونتها للقسم الثاني ب:" اكتساب الصفة التجارية" وبنصها في المادة السادسة على أنه:" .... تكتسب صفة تاجر بالممارسة الإعتيادية أو الإحترافية للأنشطة التالية..". ولكن مع ذلك فإن النظرية الموضوعية حاضرة في المدونة الجديدة، وذلك من خلال تنظيمها لبعض الأنشطة التجارية في ذاتها و إخضاعها لقواعد القانون التجاري بصرف النظر عن الشخص القائم بها، كما هو الشأن بالنسبة للكمبيالة والسند لأمر والشيك، وكذلك حينما جعلت اكتساب " صفة تاجر" متوقف عن ممارسة واحد أو أكثر من الأعمال التجارية المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 أو المماثلة لها (المادة 9).

الفرع الثالث: التطور التاريخي لنشأة القانون التجاري

عرف القانون التجاري تطورا هاما، ارتبط بتطور الحياة الإقتصادية والتجارية الذي عرفته المجتمعات طوال المراحل التاريخية، وقد درج الفقه على تقسيم تلك المراحل إلى: العصر القديم والوسيط ، والحديث ثم الوقت الحاضر.

---

1. إدوار عيد، الأعمال التجارية والتجار والمؤسسة التجارية، بيروت 1971، ص 6. سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، جامعة الكويت، ط 1974، ص 28-29.
2. يعتبر الأستاذ شكري السباعي أن مدونة التجارة الجديدة قد تبنت النظرية الشخصية أو نظرية المقاولة، معتبرا أن كلمة نشاط الواردة في المواد 6 و 7 و 8 و 11 تعني المقاولة بقوله: "فالنشاط التجاري مقاولة والمقاولة نشاطا تجاريا، سواء كان على وجه الحرفة أو الاعتياد". انظر كذلك الأستاذ عز الدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي، الجزء الأول، النظرية العامة للتجارة والتاجر، الطبعة الأولى ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1997، ص 11.

أولا : مرحلة العصر القديم

حسب ما تؤكده بعض الآثار التي وجدت لدى بعض المجتمعات القديمة، وبالأخص البابليين ومن بعدهم الأشوريين، الذين مارسوا التجارة وعرفوا عدة معاملات تجارية ترجمتها مجموعة من الأعراف والقواعد التي تضمنها قانون حمو رابي(الذي وضع في القرن 20 قبل الميلاد)، ومن أهم القواعد التي اشتمل عليها، نصوص تتعلق بالقرض والفائدة والوكالة والشركة.

- وبعد البابليين انتقلت التجارة إلى الفنقيين الذين ساهموا في تطوير نظم التجارة ولاسيما التجارة البحرية منها ومن الأنظمة القانونية التي ابتدعوها في هذا المجال نظام الرمي في البحر، وهو أصل نظرية الخسارة البحرية المشتركة الحديثة، ومفادها إلقاء بعض السلع والبضائع في البحر قصد تخفيف حمولة السفينة لأجل إنقاذها ومن عليها من الغرق.

- وبعد الفنيقيين جاء دور الإغريق اليونانيين الذين اهتموا بدورهم بالتجارة البحرية وقد تركوا لنا قاعدة قرض المخاطر الجسيمة، ومضمون هذه القاعدة أن شخصا يقرض مالك السفينة ما يحتاج إليه من نقود لتجهيز سفينته وشراء البضائع، فإذا وصلت السفينة سالمة استوفى المقرض مبلغ القرض مع فائدة مرتفعة، وإذا حدث وهلكت السفينة فإن المقرض يفقد حقه كلية في ال[1]قرض وبالأحرى الفوائد.

- وإذا بحثنا في تاريخ المجتمع الروماني نجده خلال هذا العصر كان مجتمعا زراعيا، وكانت التجارة منبوذة، بحيث يعتبرها الرومان مهنة لا تليق بالأشراف، لذلك تركوا أمر ممارستها للأجانب والرقيق، لكن نظرا لما تدره التجارة من أرباح فقد اكتشفوا طرقا ملتوية للاستفادة من مزايا التجارة دون ممارستها مثل نظام (النيابة)، حيث يتم دفع مبالغ النقود إلى الابن أو الرقيق قصد استغلالها في التجارة، وما يعود من ربح خلال الإستغلال يكون للأب أو لرب الأسرة باعتباره صاحب الشخصية القانونية الذي يملك الابن أو الرقيق.

وقد عرف الرومان بعض عمليات المصارف، كما استحدثوا نظام المحاسبة ومسك الدفاتر التجارية.

- أما العرب فلهم دور هام في ميدان التجارة وتطوير قواعدها، منذ أقدم العصور، وهو ما تأكد من خلال القرآن الكريم بحيث أنهم كانوا (أي العرب) يقومون برحلتين في العام رحلة الشتاء إلى اليمن و رحلة الصيف إلى الشام، وقد ابتدعوا مجموعة من الأنظمة التجارية، كالكمبيالة وقواعد الشركات والإفلاس وحرية الإثبات[2]، ومختلف التصرفات ذات الصبغة التجارية.

ثانيا: مرحلة العصر الوسيط

خلال هذه المرحلة عرفت قواعد القانون التجاري تطورا هاما نتيجة استيلاء رجال التجارة على الحكم إثر تدهور السلطة المركزية في أوروبا، ونتيجة أيضا لقيام الحروب

---

1. محسن شفيق، القانون التجاري، ج 1 القاهرة 1966- 1967 ص 3 وما بعدها.
2. قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل (...) إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم، فليس عليكم جناح ألا تكتبوها" سورة البقرة الآية 281.

الصليبية[1] وما نشأ عنها من حركة تجارية واسعة النطاق ترتكز أساسيا في الموانئ الإيطالية وبوجه الخصوص في مدن جنوة والبندقية وفلورنسا كما أقيمت أسواق دورية كبرى LES FOIRES ، في أهم المدن الأوروبية لعبت دورا هاما في التعريف بالعديد من الأعراف والتقاليد، وفي نشوء الكثير من القواعد التجارية وكانت هذه القواعد قائمة على فكرتين هما أساس القانون التجاري،السرعة ودعم الإئتمان، كما ظهرت الكمبيالة التي سمحت بتلافي خطر نقل النقود من مكان على آخر ، وظهر نظام الإفلاس كوسيلة للتنفيذ على أموال التاجر المعسر.

ثالثا: مرحلة العصر الحديث

أدى اكتشاف القارة الأمريكية ورأس الرجاء الصالح إلى تدفق المعادن الثمينة إلى أوروبا، ترتب عن ذلك نزول حاد من قيمتها، وبالتالي عدول الأفراد عن الإكتناز واتجاهم نحو الإستثمار بشرائهم للسندات التي كانت تصدرها الدولة، وكان ذلك بداية نشوء أعمال البورصة ، كما زاد اهتمام البنوك بمختلف العمليات المصرفية، ترتب ذلك نشوء حركات رأسمالية كبرى هي أصل شركات المساهمة المعروفة حاليا.

إلا أن أهم ما ميز هذه المرحلة هو بدأ تدوين القانون التجاري،وذلك بإصدار الملك لويس الرابع عشر أمرين أولهما في مارس 1673، وهو متعلق بالتجارة البرية، والثاني صدر في غشت 1682، متعلق بالتجارة البحرية. وبعد قيام الثورة الفرنسية تم إلغاء نظام الطوائف وإرساء حرية التجارة والصناعة وذلك بمقتضى قانون 1791، كما أوصت الجمعية الوطنية الفرنسية إلى لجنة لوضع تقنين للتجارة وهو ما تحقق فعلا سنة 1807، وبعد هذا التشريع احدث تشريع عرفته المجتمعات المتقدمة خلال تلك الفترة، وكان له تأثير كبير على العديد من البلاد العربية ومنها المغرب.

رابعا: الوقت الحاضر

أخذت التجارة والقانون التجاري في هذه المرحلة يتجهان نحو العولمة، فبعد خروج الولايات المتحدة الأمريكية منتصرة في الحرب الباردة التي كانت سائدة بين الشرق والغرب، لجأت إلى فرض أسس النظام الاقتصادي الرأسمالي على كافة دول المعمور، وقد ساندها في حملتها هذه الدول الغربية المتقدمة وعلى رأسها الإتحاد الأوروبي، وكان الهدف من ذلك عولمة الإقتصاد أي إقامة اقتصاد عالمي مندمج لا وجود فيه للحواجز الإقليمية، وهكذا تم بتاريخ 1993/12/16 بجنيف المصادقة المبدئية على الإتفاق الأرضية لجولة الأوروغواي الذي انصب على مراجعة الاتفاقية العامة للتعرفة الجمركية والتجارة G.A.T.T والذي حدد أهداف وسبل تحرير التجارة العالمية عن طريق خفض الرسوم الجمركية وقد تم التوقيع الرسمي على هذه الاتفاقية بمراكش في 1994/4/15 من قبل 125 دولة وقد سجل هذا التوقيع نهاية ألغات وميلاد منظمة جديدة هي المنظمة العالمية للتجارة O.M.C.

[1] . كان الحروب الصليبية الفضل في تقوية العلاقات التجارية بين الغرب المسيحي وبين الشرق البحر الأبيض المتوسط

خامسا: تطور التجارة والقانون التجاري المغربي

لم يكن المغرب قبل الحماية بدولة تجارية عظمى، حيث كان يهتم في هذه الفترة بالفلاحة وأمور الجهاد لنشر الإسلام أو لصد العدوان، باستثناء بعض النشاط التجاري المتمثل في القوافل التجارية القادمة أو المتوجهة من وإلى إفريقيا عبر الصحراء الكبرى، لكن مع دخول الحماية إلى المغرب تم تأسيس نظام اقتصادي ذي طابع رأسمالي، وتبعا لذلك اصدرت عدة قوانين على رأسها القانون التجاري لـ 12 غشت 1913، هذا القانون الذي لم يكن شاملا لكل المبادئ القانونية المنظمة للمجال التجاري، ذلك لكون قواعده موزعة بين القانون التجاري وبين قانون الالتزامات والعقود كما هو الشأن بالنسبة لأحكام الشركات(الفصول من 982 إلى1091ق ل ع) والإثبات في الدفاتر التجارية(433 إلى 438 ق ل ع) بالنسبة للأهلية كان الرجوع فيها يتم إلى قانون الأحوال الشخصية الملغى وقانون الالتزامات والعقود، وكان لمشكل التشتت هذا سلبياته التي تتجلى بشكل حاد في السنين الأخيرة ،خاصة بعد تعديل اتفاقية الغات GATT ونشوء منظمة التجارة الدولية [1] ، وإبرام اتفاقية الشراكة مع اتحاد الأوروبي، حيث بدا بشكل واضح أنه لا يمكن لاقتصادنا أن ينمو ويتطور إلا في ظل وضع قانوني ملائم ومتناسب مع المعطيات الاقتصادية والاجتماعية ، ليس الوطنية فحسب بل الدولية كذلك. وبالفعل تمت إعادة النظر في مجموعة من النصوص القانونية الأساسية المتعلقة بالتجارة، وهكذا تم وضع مدونة جديدة للتجارة في فاتح غشت 1996، شاملة لكل ماله صلة بالقانون التجاري، ليضع بذلك المشرع حدا لذلك التشتت القائم فيما قبل، وهي مدونة وصفت بطابع الحداثة باعتبارها ترقى إلى مستوى تشريعات الدول المتقدمة، تهدف إلى دعم المبادرة الحرة، وحماية الإستثمار، وحماية المقاولة وضمان استمراريتها عن طريق معالجة الصعوبات التي تعترضها.

الفرع الرابع: مصادر القانون التجاري

القانون التجاري مثله مثل باقي فروع القانون الأخرى، له عدة مصادر منها ما هو رسمي وهي المنصوص عليها في المادة الثانية من مدونة التجارة كالتالي:" يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري" ، ومنها ما هو تفسيري كالإجتهاد القضائي والفقه.

المبحث الأول: المصادر الرسمية

يعتبر كل من التشريع بنوعيه التجاري والمدني والعرف المصادر الرسمية للقانون التجاري، ويضاف إليها، المعاهدات الخاصة بالتجارة الدولية التي تشكل التشريع الدولي في هذا المجال.

[1] ... بالفرنسية بـ OMC وبالانجليزية MTO

أولا: التشريع التجاري

يعد التشريع التجاري المصدر الأساسي الأول الذي يستند عليه القاضي، للفصل في النزاعات التجارية، ويشمل أساسا مدونة التجارة. وقد صدر أول تشريع تجاري بالمغرب بمقتضى ظهير 12 غشت 1913، وقد استمد من القانون الفرنسي وصدر في الأصل ليطبق على ليطبق على الفرنسيين والأجانب أمام المحاكم العصرية في منطقة الحماية قبل أن يبدأ العمل به في كافة أنحاء المغرب بمقتضى قانون توحيد المحاكم المؤرخ في 26 يناير 1965.

لكن القانون التجاري المغربي ورث العديد من النقائص عن التقنين التجاري الفرنسي ولقد عمل المشرع على تدارك ذلك النقص عن طريق إصدار العديد من القوانين اللاحقة[1]، مستهدفا من ورائها مسايرة التطور الذي تعرفه الحياة التجارية بصفة خاصة والإقتصادية عامة، لكن تضخم هذه التشريعات وقدمها جعل القانون التجاري المغربي يتصف بالتخلف وعدم مسايرته للتطورات التي عرفتها التجارة الحديثة. ومن تم كان من الضروري إعادة النظر في مدونة التجارة من أجل تحديثها وملائمتها لمتطلبات العصر. وهكذا تم إصدار مدونة التجارة الجديدة لفاتح غشت 1996، وهي تضم 737 مادة وقسمت إلى خمسة كتب، خصص الأول منها للتاجر من حيث شروط اكتساب الصفة التجارية والأهلية التجارية والتزامات التاجر، في حين انصب الكتاب الثاني على الأصل التجاري، فكان بذلك المشرع قد أدمج تنظيم الأصل التجاري في مدونة التجارة بعد أن كان لذلك الأصل قانون مستقل هو ظهير 31 دجنبر 1914، أما الكتاب الثالث فقد تناول تنظيم الأوراق التجارية،في حين خصص الكتاب الرابع للعقود التجارية، أما الكتاب الخامس ، فقد تناول فيه المشرع نظام صعوبات المقاولة، وهو النظام الذي حل محل نظام الإفلاس، وبالإضافة إلى مدونة التجارة وضع المشرع قانون خاص بالشركات بخلاف ما كان عليه الوضع في ظل القانون التجاري القديم.

ثانيا: القانون المدني

من القواعد المقررة أنه إذا لم يجد القاضي في مدونة التجارة أو في الأعراف التجارية نصا خاصا يطبقه على النزاع التجاري فإنه من الواجب عليه الرجوع إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص، ولكونه يضم كافة القواعد القانونية التي تخضع لها جميع المعاملات التجارية، كأحكام الشركات(الفصول 982 إلى 1091) الدفاتر التجارية (ف 433 إلى 438) والإثبات في المواد التجارية (الفصل 448).

ثالثا: العرف التجاري والعادات التجارية

1- **العرف التجاري:** هو مجموع القواعد التي درج التجار على إتباعها واحترامها في معاملاتهم التجارية فترة طويلة من الزمن مع اعتقادهم بإلزاميتها لهم[2]. ويحتل العرف في

[1] - ظهير 31 دجنبر 1914 المتعلق ببيع ورهن الأصل التجاري، ظهير 6 يوليوز 1915 المتعلق بإنشاء وتنظيم المخازن العمومية، ظهير 23 يونيو 1916 المتعلق بالملكية الصناعية و غيرها من القوانين.

[2] - عبد الكريم الطالب، إشكال ترتيب مصادر القانون في المادة التجارية، المنتدى(مجلة دورية يصدرها منتدى البحث القانوني، مراكش) العدد الأول، أكتوبر 1999، ص. 131.

القانون التجاري مكانة مهمة تفوق بكثير ما هو الأمر عليه في باقي فروع القانون الأخرى ولا غرابة في ذلك مادام التشريع التجاري هو عبارة تجميع وتقنين لما تعارف عليه التجار ودرجوا على التعامل به فيما بينهم. وحسب المادة الثانية من مدونة التجارة فإن العرف يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع التجاري من حيث القوة ن وقد تم ترجيحه على القانون المدني لكون القاعدة العرفية قاعدة قانونية خاصة في حين يعتبر القانون المدني قاعدة عامة والمبدأ أن الخاص يسبق العام من حيث التطبيق.

ونظرا لكون العرف غير مقنن كما هو الحال في التشريع، فلا يفترض علم القاضي به لذلك يقع عبء إثبات العرف على من يدعيه وله أن يثبت ذلك بمختلف وسائل الإثبات، غير أنه يمكن للقاضي في حالة الشك الإستعانة بأهل الخبرة للتأكد من وجوده، ويرى البعض تطبيق القاضي للقاعدة العرفية دونما إلزام الأطراف على إثباتها.

2- **العادات التجارية:** تنشأ العادة التجارية إثر تكرار تصرف أو تعامل معين في موضوع ما، وإذا ما تواتر استعمال العادة وانتشرت بحيث أصبحت تعبر عن اتجاه إرادة الأفراد إلى الأخذ بها ضمنا سميت بالعادة التجارية.

والعادة التجارية تستمد قوتها الإلزامية من إرادة الطرفين المتعاقدين مما يعني أنه يجوز للمتعاقدين استبعادها بنص صريح أو إثبات أن إرادتهم لم تتجه إليها. ويجب على من يتمسك بالعادة التجارية أن يثبت وجودها.

ولا يصح التمسك بها إلا إذا كانت عامة وثابتة وعادلة وغير مخالفة للنظام العام وحسن الآداب(الفصل 476 من ق ل ع)، فهي من القواعد المكملة لذلك لا يجوز أن تخالف نصا أمرا تجاريا كان أو مدنيا. والعادات الإتفاقية كثيرة في الميدان التجاري، منها ما يتعلق بآجال التسليم أو بطريقة حزم البضائع، أو بالعيب الخفي فيها، مثلا في بيع الخشب جرت العادة على أن يتحمل المشتري العيب الذي لا يكتشف إلا بعد القطع.

3- **المعاهدات التجارية الدولية**

تتميز التجارة بطابعها الدولي ذلك أن الأسواق والإقتصاديات أصبحت الآن مفتوحة بعضها على البعض ونظرا لتشعب واختلاف القوانين الداخلية فإن ذلك دفع الدول إلى إبرام اتفاقيات دولية تضع قواعد قانونية موحدة في مجالات معينة تلتزم بها الدول الموقعة في علاقاتها التجارية الدولية، منعا لتنازع قوانينها الوطنية.ومن هذه الإتفاقيات نجد اتفاقية جنيف لسنة 1930 المتعلقة بتوحيد قواعد الكمبيالة والسند لأمر، واتفاقية سنة 1931 المتعلقة بالشيك.

المبحث الثاني :المصادر التفسيرية

وهي تلك المصادر التي يستأنس بها القاضي لإيجاد الحلول لما يعرض عليه من نزاعات تجارية، وهذا يعني بأنها مصادر غير إلزامية، إذا شاء القاضي أخذ بها، وإذا لم يشأ أهملها، لأنها ليست قانونا وتتمثل هذه المصادر في الإجتهاد القضائي والتحكيم التجاري والفقه.

- **الإجتهاد القضائي:** لا يعتبر الإجتهاد القضائي مصدرا للقواعد القانونية، وإنما هو مجرد مصدر تفسيري لها، وهذا يعني أن المحاكم غير ملزمة باتباع ما أصدره غيرها من أحكام حتى ولو كانت أحكاما للمجلس الأعلى، ولكن الملاحظ من الناحية العملية أن المحاكم كثيرا ما تطبق ما توصل إليه غيرها من اجتهادات خاصة إذا كانت صادرة عن المجلس الأعلى لما لها من منزلة معنوية كبيرة.

ولقد أصبح المغرب يأخذ منذ سنة 1997 بنظام القضاء التجاري المختص، وقد جاء ذلك ضمن الإصلاحات التي باشرتها السلطات العمومية في السنين الأخيرة، عن طريق الابتعاد عن القضاء العادي الذي يعاني من بطء المساطر وتعقيدها، والذي يتنافى مع السرعة التي تتميز بها التجارة، وقد جاء ذلك في إطار النهوض بالإقتصاد الوطني و توفير المناخ الملائم للإستثمار التجاري.

- **التحكيم التجاري**

هو نظام اختياري للفصل في المنازعات التجارية تنصرف إليه إرادة المتعاقدين إما صراحة أو ضمنا[1]، بحيث يتفق هؤلاء على أنه عند حدوث نزاع بينهم فإنه يتم عرضه على محكمين يتم تعيينهم في العقد.

فالمحكمون إذن أشخاص عاديون، وليسو قضاة وغالبا ما يكونون تجارا، فيقرر لهم المتعاقدون سلطة الفصل في النزاع القائم بينهم، بحيث تكون لحكمهم نفس قوة الحكم الصادر عن المحكمة، بحيث ينفذه الطرف الصادر ضده طواعية أو جبرا، عن طريق استصدار الصيغة التنفيذية له من المحكمة.

ويلعب التحكيم دورا مهما في التجارة الدولية، إذ أنه في 95 % من الحالات يتم فصل النزاعات على هذا المستوى بواسطة التحكيم، ولتسهيل ذلك قامت غرفة التجارة الدولية بباريس بإنشاء محكمة للتحكيم تابعة لها، تتولى بطلب من المعنيين تعيين المحكمين وتسير على إجراء عملية التحكيم وفق إجراءات وضوابط محددة مسبقا.

- **الفقـــه التجاري:** يتكون من أراء الفقهاء من كبار رجال القانون، وأساتذة الجامعات، وكبار القضاة، والباحثين المشتغلين بالقانون بصفة عامة، ويعتبر الفقه مصدرا استئناسيا مهما يساعد كثيرا سواء القضاة أو المشرع على الاهتداء على الحل الأسلم للمشاكل القانونية القائمة.

خـــطة الدراسة:

بالرجوع إلى مدونة التجارة ، خاصة الكتاب الأول المتعلق بالتاجر، نجد المشرع المغربي جعل من ممارسة النشاط التجاري على سبيل الاعتياد أو الإحتراف، الأساس في اكتساب صفة تاجر، ومتى اكتسب التاجر هذه الصفة فإنه يخضع إلى مجموعة من الإلتزامات كما أنه يتمتع بمجموعة من الحقوق.

[1] نص المشرع المغربي صراحة على جواز شرط التحكيم في الفصل 309 من المسطرة المدنية، وقد أكد على ذلك بالنسبة للنزاعات التجارية في الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون المنظم للمحاكم التجارية.

وهذا يحتم علينا أن نبدأ بدراسة أنواع الأنشطة التجارية وكيفية اكتساب صفة التاجر (الباب الأول)، على أن نتطرق فيما بعد لأهم الإلتزامات والحقوق التي تخص التاجر(الباب الثاني).

الباب الأول: الأنشطة التجارية واكتساب صفة تاجر

الباب الثاني: حقوق والتزامات التاجر.

الباب الأول: الأنشطة التجارية واكتساب صفة "تاجر"

تقتضي دراستنا لهذا الموضوع، أن نتعرض ابتداء للأنشطة التجارية في (الفصل الأول)، ثم بعد ذلك شروط اكتساب صفة "تاجر"(الفصل الثاني).

الفصل الأول: الأنشطة التجارية

سيرا على النهج الذي اتبعه مشروع الحماية في مدونة التجارة لسنة 1913، فإن المشرع المغربي المعاصر لم يضع ، أي تعريف للعمل التجاري في المدونة الجديدة بل اكتفى بتعداد الأنشطة التجارية التي تؤدي ممارستها الإعتيادية أو الإحترافية إلى اكتساب صفة "تاجر"، إذ جاء في المادة السادسة من المدونة الجديدة:" مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده، المتعلق بالشهر في السجل التجاري تكتسب صفة تاجر بالممارسة الإعتيادية أو الإحترافية للأنشطة التالية":

1- شراء المنقولات المادية أو المعنوية بنية بيعها بذاتها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى أو بقصد تأجيرها.

2- شراء العقارات بنية بيعها على حالها أو بعد تغييرها.

3- اكتراء المنقولات المادية أو المعنوية من أجل إكرائها من الباطن.

4- التنقيب عن المناجم والمقالع واستغلالها.

5- النشاط الصناعي أو الحرفي.

6- النقل.

7- البنك والقرض والمعاملات المالية.

8- عملية التأمين بالأقساط الثابتة.

9- السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرها من أعمال الوساطة.

10- استغلال المستودعات والمخازن العمومية.

11- الطباعة والنشر بجميع أشكالها ودعائمها.

12- البناء والأشغال العمومية .

13- مكاتب ووكالات الأعمال والأسفار والإعلام والإشهار.

14- التزويد بالمواد والخدمات.

15- تنظيم الملاهي العمومية.

16- البيع بالمزاد العلني.

17- توزيع الماء والكهرباء والغاز.

18- البريد والمواصلات.

كما جاء في المادة السابعة:" تكتسب صفة تاجر أيضا بالممارسة الإعتيادية أو الإحترافية للأنشطة التالية:

- كل عملية تتعلق بالسفن والطائرات وتوابعها.

- كل عملية ترتبط باستغلال السفن والطائرات وبالتجارة البحرية والجوية".

وبالإضافة على هذه الأنشطة التي تؤدي ممارستها على إكتساب صفة تاجر نص المشرع في المادة 9 على اعتبار كل من الكمبيالة والسند لأمر عمليتين تجاريتين بشكليهما.

وتعداد الأنشطة التجارية في المادتين 6 و 7 من المدونة جاء على سبيل المثال لا الحصر، حيث نص المشرع في المادة الثامنة على أنه:" **تكتسب صفة تاجر كذلك بالممارسة الإعتيادية أو الإحترافية لكل نشاط يمكن أن يماثل الأنشطة الواردة في المادتين 6 و7** ".

وبهذا يكون المشرع قد ترك للقضاء سلطة إضفاء الطابع التجاري على ما قد يستجد من أنشطة تماثل في مقوماتها تلك التي تم تعدادها، وهذا يفرض علينا أن نتساءل على مقومات العمل التجاري التي تجعله يختلف عن العمل المدني (فرع أول) وذلك قبل دراسة مختلف أنواع الأعمال التجارية(فرع ثاني)؟

الفرع الأول: مقومات العمل التجاري

إذا كانت الأعمال التجارية الواردة في مدونة التجارة جاءت على سبيل المثال لا الحصر، فإن القضاء وجد نفسه مضطرا إلى إسباغ الصفة التجارية على أعمال أخرى وقد استدعى منه ذلك البحث عن معايير و ضوابط يمكن على أساسها تحديد المراد بالعمل التجاري، وتحقيقا لهذه الغاية تم اقتراح عدة معايير للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني، وهذه المعايير منها ما هو اقتصادي كمعيار المضاربة والتداول، ومنها ما هو قانوني كمعيار المقاولة أو المشروع.

أولا: نظرية المضاربة

ذهب أنصار هذه النظرية على أن ما يميز العمل التجاري عن العمل المدني هو عنصر المضاربة أي قصد تحقيق الربح، أو بعبارة أخرى إذا كان الهدف من مزاولة العمل هو تحقيق الربح كان العمل تجاريا، أما إذا كان العمل لا يهدف على تحقيق الربح عن طريق المضاربة، فلا يعتبر تجاريا حتى ولو قام به تاجر، كشراء صاحب العمل بعض السلع ليوزعها بالمجان على عماله، لكن هذه النظرية غير صحيحة على إطلاقها، لأنه إذا كان العمل التجاري يقوم حقيقة على قصد تحقيق الربح فإنه لا ينفرد بذلك، إذ كثير من الأعمال المدنية مثل الزراعة والمهن الحرة تقوم كذلك على تحقيق الربح، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن هناك بعض الأعمال التي تعتبر تجارية بنص القانون بالرغم من عدم قيامها على قصد تحقيق الربح مثل الوراق التجارية.

ثانيا: نظرية الوساطة في التداول

فحسب هذه النظرية فعن العمل التجاري هو الذي يقوم على تداول السلع بين المنتج والمستهلك، لذلك فكل عمل لا يقوم على الوساطة في تداول السلع والبضائع هو عمل مدني، لكن هذه النظرية ليست صحيحة على إطلاقها، لأن هناك أعمال تقوم على الوساطة في تداول السلع، إلا أنها لا تعتبر تجارية، لأنها لا تقوم على عنصر تحقيق الربح، كشراء تعاونية لسلع وتوزيعها على أعضائها بسعر الشراء، كما أن هناك أعمالا تعتبر تجارية رغم انتفاء عنصر التداول، كالأوراق التجارية.

ثالثا : نظرية المقاولة أو المشروع

بالنسبة لهذه النظرية، فهي لا تنطلق في تحديد العمل التجاري من صفات ذاتية يجب أن تتوفر فيه هو نفسه، بل من الإطار الذي يمارس فيه، فإذا مورس من خلال مقاولة، اعتبر تجاريا أيا كان نوعه، وإذا لم يمارس من خلال مقاولة اعتبر مدنيا .

فالعمل الواحد مرة يعتبر تجاريا لأنه يمارس من خلال مقاولة- أي تكرار القيام به على وجه الاحتراف استنادا على وسائل مادية ومعنوية وتنظيم مسبق-، ويعتبر مدنيا لأنه لا يمارس من خلال المقاولة، فالنقل مثلا يعتبر عملا تجاريا إذا قامت به مقاولة تحترف النقل، ويعتبر عملا مدنيا إذا قام به شخص عادي، ويعاب على هذه النظرية كونها تحصر العمل التجاري في العمل الذي يقع من خلال المقاولة، في حين أن هناك أعمال تعتبر تجارية حتى ولو تمت من دون المقاولة، كأعمال التجارة البسيطة، والسمسرة. كما أنها تشمل بعض الأعمال المدنية والتي يمكن أن تتم من خلال مقاولة مثل المشروعات الفلاحية والمهنية.

. وخلاصة القول فإن كل نظرية لا تصلح على حدة كمعيار جامع للأعمال التجارية ولكن يمكن اعتمادها مجتمعة لوضع معيار يطبق على القانون التجاري المغربي ويمكن القول من ثم أن عنصرين أساسين يحكمان العمل التجاري هما عنصر المضاربة وعنصر الوساطة في التداول، وفي القانون المغربي يجب بالإضافة على ذلك أن يتكرر العمل بحيث يمارس على سبيل الاعتياد أو الاحتراف، على نحو يشكل نشاطا للقائم به.

الفرع الثاني: أنواع الأعمال التجارية

يطلق على ما نص عليه المشرع من أنشطة تجارية في المواد 6 و 7 و 9 وما يقاس عليها بالأنشطة التجارية الأصلية (المبحث الأول)، ويضاف إليها أعمال أظهر التطبيق العملي أنها مرتبطة بالأنشطة التي يجريها التاجر لحاجات تجارته دون أن تكون تجارية بذاتها، وحتى لا تبقى هذه الأعمال خاضعة لأحكام القانون المدني فقد ألحقت بالأعمال التجارية، وسميت بالأعمال التجارية بالتبعية (المبحث الثاني)، وإلى جانب ذلك قد يضطر التاجر في مناسبات كثيرة إلى التعامل مع أطراف غير تجارية، فتكون تلك الأعمال تجارية بالنسبة للتاجر، ومدنية بالنسبة لغير التاجر، وسميت هذه الأعمال بالأعمال المختلطة (المبحث الثالث).

- المبحث الأول: الأعمال التجارية الأصلية

الأعمال التجارية الأصلية هي تلك الأعمال التي تعتبر تجارية بنص القانون صراحة أو بالقياس على ما ورد في القانون لتشابه صفاتها وغاياتها، فالمشرع كما أسلفنا عددها في المواد السادسة والسابعة[1] والتاسعة من المدونة الجديدة، واعتبرها تجارية لذاتها وهي إما أنشطة تجارية بطبيعتها (المطلب الأول)، أو أعمال تجارية شكلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأنشطة التجارية بطبيعتها[2]

الأنشطة التجارية بطبيعتها هي الأعمال التي تعتبر تجارية لذاتها لكونها تتوفر على مقومات العمل التجاري من مضاربة وتوسط في التداول، بالإضافة إلى عنصر التكرار على سبيل الاعتياد أو الاحتراف، وهي التي عددها المشرع في المواد السالفة الذكر، والتي تؤدي ممارستها الاعتيادية أو الاحترافية إلى اكتساب صفة تاجر.

وبالتوقف عند صيغة المادتين السادسة والسابعة يلاحظ أن المشرع استعمل مصطلح " أنشطة" عوض أعمال الذي كانت تستعمله المدونة القديمة وقد فسر بعض الفقه[3] صيغة " أنشطة" على أنها تعني المقاولة، وبالتالي فصيغة النشاط تفيد معنى التكرار والاحتراف، وبالتالي فكافة الأنشطة المحددة لا تكون تجارية إلا إذا مورست في إطار احترافي منظم أي من خلال المقاولة.

لكن هذا التفسير لكلمة مقاولة يبدو غير منسجم، لأن المقاولة إنما تعني الإحتراف في أسمى صوره والمشرع اكتفى بالإعتياد لاكتساب صفة تاجر. والإعتياد في درجة أدنى من الإحتراف، لأن هذا الأخير يعني توجيه الشخص نشاطه بصفة رئيسية لممارسة العمل التجاري، واتخاذه مهنة يكرس جهده لها، في حين يعني الإعتياد مجرد تكرار القيام بذلك

---

1 - بالنسبة للأنشطة التجارية البحرية والجوية المعددة في المادة السابعة، فهي تدخل في القانون البحري والقانون الجوي ولا تعنينا في هذه الدراسة.

2 - درج على تسمية الأعمال التجارية التي وردت في القانون بالأعمال التجارية بطبيعتها، غير أن هذه التسمية انتقدت على أساس أنها قد توهم بأنها أعمال تجارية في جوهرها بمعنى أنها تخضع فقط لأحكام القانون التجاري مع العلم أن عدد الأحكام التجارية يحمل الأحكام المدنية هي ذات أهمية في التطبيق على العلاقات التجارية.

3 - شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، الجزء الأول، دار نشر المعرفة، 2001 ص 340.

العمل ولو بشكل متقطع، أي التعاطي له بشكل متكرر من دون تكريس الجهد له بصفة رئيسية[1]، مثل الموظف أو صاحب المهنة الحرة الذي يعتاد القيام بنشاط تجاري، دون أن يتخذه حرفة قارة له.

وعلى كل يمكن أن نصنف الأنشطة التجارية الواردة في المادة السادسة من المدونة الجديدة على ثلاثة قطاعات أساسية: هي التسويق- الصناعة- الخدمات التجارية.

الفقرة الأولى: التسويق والتوزيع

يشكل تسويق وتوزيع المنتجات الصورة الشائعة للأنشطة التجارية، ويدخل في هذا الإطار انطلاقا من التعداد الوارد في المادة السادسة من المدونة.

البند الأول: شراء المنقولات أو اكترائها لأجل إعادة بيعها أو تأجيرها

تعد عمليات الشراء أو الإكتراء بقصد البيع أو إعادة التأجير المظهر البارز للعمل التجاري، لما تتوفر عليه من عناصر المضاربة والوساطة في التداول، وحتى يعتبر هذا النشاط تجاريا يتعين أن تتوفر فيه أربعة شروط أساسية وهي:

الشرط الأول، الشراء أو الاكتراء: لابد لاعتبار هذا النشاط تجاريا من أن يعتمد على شراء أو اكتراء المنقولات كمنطلق، وينبغي أن يكون الشراء بمقابل أيا كانت طبيعة هذا المقابل، سواء أكان ثمنا نقديا أو كان مقابلا عينيا كما هو الحال في المقايضة، فإذا باع شخص شيئا لم يحصل عليه بالشراء وإنما تلقاه دون مقابل سواء تلقاه عن طريق الهبة أو الوصية أو الميراث أو كان هذا الشيء ثمرة إنتاجه، أيا كانت طبيعة هذا الإنتاج، سواء أكان عن طريق استغلاله للموارد الطبيعية أو المجهودات الفكرية أو البدنية. فلا يعتبر عمله تجاريا.

ومن هذا المنطلق لا يعتبر عملا تجاريا، الزراعة والإنتاج الفكري والمهن الحرة.

- الأعمال الزراعية: تعد من قبيل الأعمال المدنية، لكون المنتجات الزراعية غير مسبوقة بعملية الشراء، كأحد أركان العمل التجاري، وبالتالي فإقدام الفلاح على بيع محصول مزرعته سواء أكان مالكا لها أو مستأجرا لها فقط لا يعتبر عمله تجاريا.

- الانتاج الفكري: يشمل الإنتاج الفكري كلا من الإنتاج العلمي والأدبي والفني، وهو لا يعتبر عملا تجاريا لأنه منتوج فكري لم تسبقه عملية شراء أو كراء، فإذا باع المؤلف، أو المخترع أو الفنان منتوجه اعتبر ذلك عملا مدنيا وليس تجاريا[2].

- المهن الحرة: لا تعتبر المهن الحرة نشاطا تجاريا ،لافتقارها لعنصري المضاربة والوساطة في التداول، ذلك أن ممارس المهنة الحرة إنما يقوم باستغلال مواهبه وكفاءاته

---

1 - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف 1966، رقم 136.

2 - هذه الحقوق محمية الآن بمقتضى القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.20 بتاريخ 15 فبراير 2000، الجريدة الرسمية عدد 4796، 18 ماي 2000، ص 1112.

المهنية وخبرته لأداء خدماته لزبنائه وما يتقاضاه من أجر ليس ربحا، وإنما هو مقابل أتعاب لما يؤديه من خدمات[1]. وبالرغم من أن الصيدليات تعتبر تقليديا من المهن الحرة، فإنها أصبحت الآن تعتبر من الأنشطة التجارية بعد أن أصبح عمل الصيدلي يقوم أساسا على شراء الأدوية من مختبرات صناعة الأدوية الكبرى وإعادة بيعها.

الشرط الثاني: يجب أن يرد الشراء أو الإكتراء على منقولات مادية أو معنوية

يشترط الإعتبار الإكتراء بقصد الإيجار نشاطا تجاريا أن يرد على منقول، ومن الأمثلة على هذا النوع من النشاط تأجير الملابس والحلي، تأجير السيارات ومعدات التصوير، أما الشراء بقصد البيع أو الإيجار، فكما يجوز أن ينصب على المنقولات سواء أكانت مادية مثل السلع، أو معنوية مثل الأسهم والسندات أو منقولات بحسب المآل مثل شراء الأشجار بقصد قطعها وبيع أخشابها، فإنه يمكن في ظل النص الجديد أن يرد على العقارات.

الشرط الثالث: أن يكون الشراء أو الإكتراء بنية إعادة البيع أو التأجير

لا يكفي أن يرد الشراء على منقول حتى يعتبر نشاطا تجاريا، بل يتعين أن يقترن هذا الشراء بنية البيع أو الإيجار سواء على الحالة التي اشتري عليها، أو بعد تصنيعه. ونفس الشيء بالنسبة للإكتراء بقصد إعادة الإيجار (الكراء من الباطن).

أما إذا كان الشراء بقصد الإستهلاك أو الإستعمال الشخصي أو الإهداء فيعتبر عملا مدنيا ويجب أن يكون قصد البيع أو التأجير معاصرا لعملية الشراء أو الإكتراء، ثم بعد ذلك لا يهم ما إذا تحقق البيع أو الكراء من عدمه، وأمام صعوبة التعرف على عنصر القصد(النية) لدى الشخص أثناء الشراء، باعتبارها أمر داخلي ونفسي، فإن عبء إثبات هذا القصد يقع على من يدعي تجارية الشراء أو البيع.

الشرط الرابع: نية تحقيق الربح

يشترط أن يكون القصد من شراء المنقول أو اكترائه لإعادة بيعه أو إيجاره هو جني ربح مادي ، غير أنه ليس من الضروري أن يتحقق الربح فعلا، ذلك أن العمل التجاري يحتمل الربح والخسارة، فالمهم هو أن يتوفر قصد جني الربح عند الشراء أو الإكتراء.

والملاحظ أن التاجر قد يقوم في بعض الأحيان بشراء سلعة بقصد بيعها بخسارة، إما لأنه يسعى إلى كسب مزيد من الزبائن، أو يهدف من وراء ذلك إلى إبعاد تاجر آخر منافسه في السوق، ففي هذه الحالة يعتبر هذا العمل تجاريا، لأن قصد تحقيق الربح إن كان غير متوفر في بعض العمليات، فإنه متوفر في النشاط ككل.

[1] - من هنا فقد أكدت محكمة الاستئناف التجارية بفاس أن المهندس الطبوغرافي لا يعتبر تاجرا لأنه "... لا يضارب من أجل تحقيق الأرباح بقدر ما يسعى إلى تحقيق هدف إنساني واجتماعي يتمثل في تقديم خدمة للزبون مقابل الحصول على أجر.... حتى ولو تطلب عمله الاستعانة بعدد من العمال والآلات الضرورية لانجازه" القرار رقم 518 الصادر بتاريخ 2000/5/8 في الملف عدد: 2001/404، غير منشور.

البند الثاني: شراء العقارات بنية بيعها

كان شراء العقارات بنية بيعها لا يعتبر تجاريا في ظل القانون التجاري القديم باعتباره شيئا ثابتا يتنافى بطبيعته و فكرة التداول السريع التي تقوم عليها التجارة[1]، لكن التطور الاقتصادي الحديث عدل عن هذه الفكرة، إذ يلاحظ أن العقارات أصبحت تعرف مضاربات تتمثل في استثمار أموال كبيرة في شراء الأراضي وتجزئتها أو بناء عمارات عليها وبيعها بقصد تحقيق الربح، ومن هنا خلص غالبية الفقه الحديث إلى العمليات الواقعة على العقارات إذا كانت تتوفر فيها خاصيتي المضاربة والوساطة في التداول، فإنه يجب اعتبارها أعمالا تجارية[2]. والمشرع المغربي في مدونة التجارة الجديدة نص على تجارية المضاربات العقارية.

البند الثالث: التزويد بالمواد والخدمات

كان التزويد بالمواد والخدمات في ظل القانون التجاري القديم يعتبر من الأعمال التجارية إذا تم من خلال المقاولة، أما في ظل المدونة الجديدة فيكفي أن يتم التزويد على وجه التكرار و الاعتياد بحيث لم يعد يشترط فيه أن يتم من خلال مقاولة لاعتباره تجاريا.

والتزويد بالمواد هو كل تعهد بتوريد كمية من السلع أو المواد بشكل دوري إلى شخص أو جهة معينة، كتوريد الأغذية إلى شركة الطيران أو إلى مستشفى، ويعتبر من التزويد بالخدمات صيانة المعدات والآلات وخدمات النظافة.

البند الرابع: توزيع الماء والكهرباء والغاز

تعتبر من الأعمال الجديدة التي أضفى عليها المشرع الصبغة التجارية، ويشكل توزيع الماء والكهرباء والغاز[3] نشاطا تجاريا، لكونه يتم من خلال عقود اشتراك تجمع بين مؤسسات التوزيع والمستهلكين، فيدخل ضمن توزيع المواد والخدمات الذي يعتبر نشاطا تجاريا متى تم مقابل ربح.

الفقرة الثانية: الصناعة

ويتعلق الأمر بعمليات الإنتاج والتحويل، وقد عرفت توسعا كبيرا في مدونة التجارة الجديدة التي مدت الصفة التجارية إلى العديد من الأنشطة لم تكن تعتبر كذلك سابقا مثل النشاط الحرفي، والبناء والأشغال العمومية بالإضافة إلى الصناعة الإستخراجية و التي عبر عنها المشرع في البند 4 من المادة السادسة "بالتنقيب عن المناجم و المقالع واستغلالها

[1] - مصطفى كمال طه، مرجع سابق، الفقرة 56، ص. 71
[2] - شكري السباعي، مرجع سابق، ص 346، مصطفى كمال طه، نفس المرجع، الفقرة 57
[3] - مع العلم أنه قد تم في سنة 1995 إعطاء الحق في إنتاج الكهرباء لشركة [illegible] (شركة أمريكية في الجرف الأصفر)، أما توزيع الغاز فكانت تحتكره الشركة الوطنية للمنتجات النفطية S.N.P.P التي [illegible] بمقتضى مرسوم 8 أبريل 1993 (منشور بالجريدة الرسمية عدد 4199 بتاريخ 21 أبريل 1993، ص 619) بالمساهمة في رأسمال الشركات الهادفة إلى إنجاز أنبوب الغاز المغربي - الأوروبي واستغلاله في مجالات [illegible] "الهيدروكربونات" ونقلها وتوزيعها.

" أي استخراج الثروات و المواد الأولية من معادن و أحجار و رمل و ماء معدني وغيرها من باطن الأرض واستغلالها.

كما أن المشرع لم يعد يشترط في المدونة الجديدة حصول هذه الأنشطة من خلال مقاولة حتى تعتبر تجارية، وإنما يكفي حصولها على سبيل التكرار و الإعتياد، وكذلك أعمال الطباعة والنشر أدمجت مؤخرا في التعداد الوارد في المدونة الجديدة، وهي تعتبر عملا تجاريا متى تمت بقصد تحقيق الربح.

الفقرة الثالثة: الخدمات التجارية

وهي كثيرة ومتنوعة، وسوف نتطرق لبعض هذه الأنشطة على سبيل النموذج فقط، طالما أن المعيار المعمم عليها كلها هو معيار الإحتراف أو الإعتياد.

1- السمسرة والوكالة بالعمولة

وهي من أعمال الوساطة التي تقوم على التقريب بين أطراف العملية التجارية من منتجين وموزعين ومستهلكين، فالوسيط لا ينتج ولا يشتري ولا يبيع، وإنما يتنقل بين هذا وذاك لربط الإتصال فيما بينهم والتقريب بين إرادتهم، وبفضله يتحقق تداول الثروات.

- فالسمسرة حسب المادة 405 من مدونة التجارة هي" عقد يكلف بموجبه السمسار من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد"[1] وعملية التوسط بين طرفي العقد تتم مقابل عمولة تستحق فور إبرام الصفقة تسمى عمولة السمسرة، وهي تحدد إما بالاتفاق أو بحسب ما يقضي به العرف وفي حالة النزاع تحددها المحكمة حسب المجهود الذي بذله السمسار في القيام بالعمل الذي كلف به. والسمسار ليس طرفا في العقد الذي يسعى إلى إقناع الطرفين لإبرامه، لذلك يظل بعيدا عن كل الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد وليس مسؤولا عن تنفيذه. ولا تعتبر أعمال السمسرة تجارية في القانون المغربي إلا إذا حصلت بشكل اعتيادي أو احترافي.

- أما الوكالة بالعمولة[2] فهي كل عقد يلتزم بموجبه شخص يسمى الوكيل بالعمولة بالقيام بالأعمال التجارية باسمه ولحساب موكليه مقابل عمولة. فالوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص وبالتالي هو الذي يكتسب الحقوق الناشئة عن العقد ويتحمل الالتزامات المترتبة عنه كما لو كان قد تعاقد لحسابه الخاص، هذا في علاقته مع المتعاقد معه.

أما في علاقته مع موكليه فإن الصفقات التي يجريها تطبيقا لعقد الوكالة تكون لحسابهم. وعليه أن يتقيد ببنود عقد الوكالة ، وأن يحجم عن الإفصاح عن اسم موكله،وأن يقدم إلى هذا الأخير في نهاية العملية كشف حساب وإلا كان مسؤولا مسؤولية عقدية عن كل إخلال يلحق ضررا بالموكل.

مقابل ذلك يلتزم الموكل بدفع الأجر المتفق عليه على الوكيل بالعمولة كما يلتزم بأن يرد إليه المصروفات التي تكبدها من أجل تنفيذ الوكالة. ويتم اللجوء إلى الوكيل بالعمولة في

[1] - نظم المشرع السمسرة في المواد 405 إلى 421 من مدونة التجارة الجديدة.
[2] - نظم المشرع الوكالة بالعمولة في المواد من 422 إلى 430 من مدونة التجارة الجديدة.

الحالات التي لا يستطيع فيها الموكل التعاقد باسمه لأن الغير لا يقبل التعاقد معه، لافتقاد الثقة بينهما، أو لأي سبب آخر.

وتتميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية في أن الوكيل العادي يبرم العقد باسم موكله ولحسابه، وعليه فإن ما يترتب عن هذا العقد من حقوق والتزامات تنصرف إلى الموكل، كما أن الوكالة العادية ذات صفة مدنية أما الوكالة بالعمولة فإنها تكون تجارية متى تكررت على سبيل الإعتياد أو الإحتراف .

كما تتميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة التجارية التي عرفها المشرع في المادة 393من م ت)[1] في كون الوكيل التجاري يتولى التفاوض أو التعاقد باسم ولحساب تاجر مقابل أجر، ولاعتبارها تجارية يجب أن تمارس من قبل الوكيل بصفة اعتيادية، فالوكالة التجارية تشبه إذن الوكالة العادية من حيث أن الوكيل يبرم العقد المكلف به باسم ولحساب الموكل، غير أنها تختلف عنها في كون الأولى تجارية بالنسبة للوكيل التجاري، والثانية عمل مدني.

وهناك أنشطة أخرى تدخل في نطاق أعمال الوساطة، من ذلك:

- مكاتب ووكالات الأعمال، مثل وكالات الأسفار، ومكاتب الإعلانات والإشهار، والوكالات العقارية.

- البيع بالمزاد العلني: وتعتبر هذه العملية تجارية لكونها تقوم على المضاربة المتمثلة في اقتضاء عمولة عن كل عملية بيع.

- استغلال المستودعات والمخازن العمومية: فهي تجارية لكونها تقوم على المضاربة المتمثلة في تقديم خدماتها مقابل أجر، كما أنها تسهل عملية تداول السلع والمنتجات.

2- أعمال البنك

تتمثل أعمال البنك في الصرف، وفي تسلم ودائع المدخرين مقابل فائدة، وفي فتح الحسابات الجارية وفتح الاعتماد، وفي تقديم القروض مقابل فائدة، وفي خصم الأوراق التجارية، وتداول القيم المالية في سندات وأسهم وغيرها من العمليات، وكل هذه الأعمال تعتبر تجارية لأنها تقوم على عنصر المضاربة والتوسط في التداول، فالقائم بأعمال البنك يتوسط في تداول الثروات من نقود وعملة وقيم منقولة وقروض، وهو إذا قام بذلك بقصد جني الربح يكون قد قام بعمل تجاري.

ولقد أصبح العمل البنكي في المغرب عمل منظم يخضع لمراقبة الدولة، بحيث لم يعد يتصور ممارسته إلا في شكل احترافي منظم، ومن مظاهر ذلك أن المشرع اوجب لممارسته من قبل الخواص إنشاء شركة مساهمة برأس مال محدد (المادة 28 من القانون البنكي لـ 20

[1] تعرف المادة المشار إليها أعلاه في فقرتها الأولى الوكالة التجارية بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص من دون أن يكون مرتبطا بعقد عمل، بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة بشأن عمليات تهم أشرية أو بيوعات، وبصفة عامة جميع العمليات التجارية، باسم ولحساب تاجر أو منتج أو ممثل تجاري آخر يلتزم من جهته بأدائه أجرة عن ذلك"

فبراير 2006) وهذا يعني أن ممارسة العمل البنكي في المغرب حكر على البنوك العمومية والبنوك الخصوصية المنتظمة في شكل شركة مساهمة.

المطلب الثاني: الأعمال التجارية الشكلية

الأعمال التجارية الشكلية هي الأعمال التي اعتبرها المشرع تجارية لذاتها انطلاقا لكونها يجب أن تفرغ في شكل معين، بحيث بمجرد ما تتوفر فيها الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون إلا واعتبرت تجارية بصرف النظر عن الشخص القائم بها، تاجرا كان أو غير تاجر، وبصرف النظر عن طبيعة العمل الذي أجريت بمناسبته، أكان عملا مدنيا أو تجاريا، والأعمال التجارية الشكلية هي: الكمبيالة و السند لأمر والشركات التجارية، وقد اعتبرها المشرع تجارية لمجرد شكلها ولو لم تتوفر فيها مقومات العمل التجاري من مضاربة أو وساطة في التداول.

الفقرة الأولى: الكمبيالة والسند لأمر

لم يتعرض المشرع لتعريف الكمبيالة، غير أن الفقه درج على تعريفها من خلال خصائصها، والكمبيالة هي ورقة تجارية تحرر وفق بيانات خاصة نص عليها القانون، تتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب موجها إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا معينا إلى شخص ثالث وهو المستفيد.

وتعد الكمبيالة أداة للوفاء والائتمان بمعنى أنها تحل محل النقود كوسيط في المعاملات كما تستعمل كأداة لتأجيل الوفاء إلى حين أو أجل يكون عادة في التجارة أجلا قصيرا. و حتى تقوم صحيحة لابد من توفرها على مجموعة من البيانات الإلزامية حددها المشرع في المادتين 159 و 160 من مدونة التجارة، وإلا فقدت قيمتها كورقة تجارية وأصبحت مجرد سند عادي.

ويعتبر تجاريا كل ما يتعلق بالكمبيالة من سحب وتظهير وضمان احتياطي وقبول و غيره.

أما السند لأمر هو صك مكتوب وفق بيانات إلزامية نص عليها القانون ويتضمن تعهد شخص معين يسمى (المحرر) بدفع مبلغ لأمر شخص آخر يسمى المستفيد في تاريخ معين أو قابل للتعيين. والسند لأمر يعتبر تجاريا إذا كان صادرا عن تاجر بمناسبة عمله التجاري، أما إذا كان صادرا عن غير التاجر، فإنه لا يعتبر تجاريا إلا إذا ترتب عن معاملة تجارية.

ونظرا لعدم ورود الشيك ضمن المادة التاسعة من المدونة ، فإن الفقه والقضاء يميل أحيانا إلى قياس الشيك على السند لأمر، وبالتالي اعتباره تجاريا متى كان الساحب تاجرا وكان تحريره بمناسبة عملية تجارية، غير أن جانب من الفقه يرى أن الشيك لا يعد عملا تجاريا، إلا إذا كان تحريره مترتبا عن عمل تجاري، سواء كان الساحب تاجرا أو غير تاجر

وهو ما يشكل قرينة على أن عملية السحب كانت بمناسبة مزاولة الأعمال التجارية ما لم يثبت العكس[1].

ولعل السبب في إضفاء الصبغة التجارية من حيث الشكل على كل من الكمبيالة والسند لأمر، هو كونهما يعتبران دائما أداتي ائتمان تجاري شائعتا الاستعمال من قبل التجار في معاملاتهم التجارية، وهو ما لم يتوفر في الشيك الذي يعتبر دائما أداة للوفاء وبالتالي غياب الوظيفة الإئتمانية فيه جعلته يخرج في إطار الأعمال التجارية الشكلية.

الفقرة الثانية: الشركات التجارية

نص المشرع في المادة الأولى من القانون رقم 17.95 بالنسبة لشركات المساهمة و المادة الثانية من القانون رقم 5.96 بالنسبة لباقي أنواع الشركات، على اعتبار كافة أنواع الشركات تجارية بشكلها باستثناء شركة المحاصة التي لا تعتبر تجارية إلا إذا كان غرضها تجاريا.

ومن ثم تعتبر تجارية بشكلها شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم والتي تعرف بشركات الأشخاص، وكذلك شركة المساهمة و شركة ذات المسؤولية المحدودة والتي يطلق عليها بشركات الأموال. فهذه الشركات تعتبر تجارية في جميع الأحوال وبغض النظر عن طبيعة العمل الذي تنصب عليه، بحيث ولو كان موضوعها مدنيا بطبيعته مثل الزراعة أو مهنة حرة فإنها تعتبر تجارية وتخضع بالتالي لأحكام القانون التجاري.

ويعتبر الشركاء في شركة التضامن تجارا لأن مسؤوليتهم تكون مطلقة وبالتضامن فيما بينهم على خلاف شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، فالشركاء لا يحملون صفة تاجر، لأنها تعتمد على تداول الأسهم لا على الأشخاص المشاركين.

أما شركة التوصية فينقسم فيها الشركاء إلى نوعين، نوع يكون مسؤولا مسؤولية مطلقة وتضامنية وهم تجار، ونوع آخر من الشركاء لا يكون مسؤولا إلا في حدود حصته، وبالتالي لا يكونوا تجارا. وعلى كل تعتبر كافة أعمال هذه الشركات تجارية بما فيها الأعمال المتعلقة بإنشائها وحلها.

المبحث الثاني: الأعمال التجارية بالتبعية

تستند الأعمال التجارية بالتبعية إلى نظرية متأصلة في القانون، وهي نظرية التبعية التي تقوم على اعتبار الفرع يتبع الأصل في كل ما يتعلق به. وتقد طبقت هذه النظرية لإضفاء الطابع التجاري على أعمال تعتبر في الأصل مدنية وذلك انطلاقا من كونها تصدر عن التاجر تأمينا لحاجات تجارته. فما هي مبررات هذه الأعمال وما هي الشروط التي تقوم عليها(المطلب الأول) ثم ما هو نطاق تطبيقها (المطلب الثاني).

[1] - [illegible] مرجع سابق، [illegible] 70.

المطلب الأول: مبررات وشروط الأعمال التجارية بالتبعية

أولا: مبرراتها

تستند نظرية الأعمال التجارية بالتبعية في القانون المغربي إلى نص المادة العاشرة من مدونة التجارة الجديدة التي ورد فيها:" تعتبر تجارية كذلك الوقائع والأعمال التي يقوم بها التاجر بمناسبة تجارته ما لم يثبت خلاف ذلك".

وبناء على ذلك فإن الأعمال التجارية بالتبعية هي أعمال مدنية بحسب طبيعتها وأصليا، إلا أنها تكتسب الوصف التجاري وتخضع لأحكام القانون التجاري إذا قام بها التاجر لأعمال تتعلق بشؤون تجارته. ولعل السبب في إضفاء الصفة التجارية على هذه الأعمال هو ضرورة إخضاعها لنفس النظام القانوني الذي يخضع له النظام الأصلي تطبيقا لمبدأ الفرع يتبع الأصل، وذلك حتى يتحقق الإنسجام في هذا النظام، فلا تكون أعمال المخاطب بالقواعد القانونية (التاجر) والتي تسعى لنفس الهدف خاضعة لقانونين مختلفين، كما تتحقق بذلك الحماية القانونية للغير ممن يتعامل مع التاجر، فيستفيد مثلا من يبرم عقدا مدنيا في أصله من الضمانات التي يوفر ها قانون التجارة للديون التجارية.

ونظرية التبعية تعمل في الميدان المدني قياسا على الميدان التجاري بمعنى أن العمال التجارية بطبيعتها تصبح أعمالا مدنية بالتبعية متى قام بها غير التاجر لأغراض تتعلق بعمله المدني.

ثانيا: شروط تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية

يشترط لاعتبار العمل المدني تجاريا بالتبعية:

1- أن يصدر عن تاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة تجارية، أما الطرف الآخر فلا يشترط أن يكون تاجر. بخلاف ما كان عليه الأمر في المدونة القديمة حيث كان المشرع ينص على تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية على" الالتزامات"الحاصلة بين التجار والمتسببين والصيارفة".

2- أن يكون هذا العمل مرتبطا بأعماله التجارية أو لسد حاجاته التجارية أو بمناسبتها، أما إذا صدر عنه لحاجاته الشخصية أو الأسرية، فإن عمله لا يعتبر تجاريا بالتبعية ويحتفظ بصفته المدنية الأصلية، كشرائه لسيارة لاستعماله الشخصي.

ونظرا للصعوبات التي قد يطرحها معرفة ما إذا العمل قد أجري تأمينا لحاجات التاجر التجارية، أو أنه قد أجري لغير ذلك ، فإن العرف التجاري قد سار على أنه في حالة الشك فإنه يفترض أنه قد أجري لحاجات التاجر التجارية، إلا أن هذه القرينة قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، وهذا ما قصدته المادة العاشرة المشار إليها أعلاه عندما ختمت النص بعبارة " ما لم يثبت خلاف ذلك".

المطلب الثاني: نطاق تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية

يتضح من خلال ما سبق أن نظرية الأعمال التجارية بالتبعية قد اتخذها المشرع كمبدأ عام يشمل جميع المجالات التي يتعامل معها التاجر، ولذلك فهي تبدو واسعة باعتبار أنها تنطبق على جميع أعمال التاجر المتعلقة بتجارته، سواء كان مصدرها العلاقات التعاقدية أو العلاقات غير التعاقدية.

أولا: العلاقات التعاقدية

يحتاج التاجر في حياته اليومية إلى إبرام العديد من العقود يصعب حصرها، وتعد كلها تجارية بالتبعية مادام قد أبرمها التاجر لتسيير تجارته، إلا أ ن هناك أعمال تجارية بالتبعية لها طابع خاص من ذلك:

- عقود العمل التي يبرمها التاجر مع عماله و مستخدميه والتي تعتبر تجارية بالنسبة إليه، أما بالنسبة لعمال والمستخدمين فهي تعتبر مدنية، غير أن الصفة التجارية هذه ليس لها إلا آثار محدودة تتمثل على الخصوص في الإثبات، أما مجال الاختصاص القضائي فإن القضاء الإجتماعي هو الذي يظل مختصا في النزاعات المتعلقة بتلك العقود، نظرا للإمتيازات التي يضمنها المشرع للأجراء بهذا الخصوص.

- عقد الكفالة يعتبر في الأصل من عقود التبرع لذلك لا تدخل الكفالة في نطاق الأعمال التجارية لانتفاء عنصر المضاربة. - ولا يغير ذلك الحكم أن يكون المدين المكفول تجاريا أو أن يكون الكفيل تاجرا، ما لم يقض القانون والعرف بخلاف ذلك (الفصلان 1231- 1133 من ق. ل. ع)- لكن هذا الأصل يرد عليه الاستثناء، وتصبح الكفالة الواقعة من تاجر بمناسبة ارتباطاته التجارية عملا تجاريا بالتبعية كالكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا[1]، أو عن تظهيرها كما تعد الكفالة التجارية عملا تجاريا بالتبعية حيث يكون الكفيل بنكا على أساس أن جميع العمليات التي يأتيها البنك تعد تجارية.

وكذلك الشأن بالنسبة للعقود التي تنصب على العقارات والتي يجريها التاجر تأمينا لحاجيات تجارته، فهي تعتبر تجارية بالتبعية، فشراء التاجر لعقار لممارسة التجارة فيه أو لاستعماله كمستودع لبضاعة أو أي أمر آخر يتصل بتجارته يعتبر عملا تجاريا بالتبعية، كما أن اكتراء عقار لنفس الغرض، وإن كان يعتبر عملا مدنيا بطبيعته، يعد عملا تجاريا بالتبعية.

ثانيا: العلاقات غير التعاقدية

عن نطاق تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية يشمل أيضا العلاقات القانونية الغير التعاقدية التي قد تنشأ بين التاجر وغيره من التجار و الزبائن و غيرهم, و ذلك متى كانت لتلك العلاقات اتصال بالعمل التجاري الأصلي الذي يزاوله التاجر. وتجد هذه النظرية أهم مجال لها للتطبيق في المسؤولية التقصيرية و الإثراء بلا سبب.

- المسؤولية التقصيرية: كافة الالتزامات التي تترتب على التاجر نتيجة قيام مسؤوليته التقصيرية تجاه الغير إما عن فعله الشخصي أ و عن فعل الأشخاص الذين يكون

[1] - المادة 180 و ما بعدها من مدونة التجارة

مسؤولا عنهم، أو عن الأضرار التي تتسبب فيها الحيوانات أو الأشياء الموجودة في حراسته والتي تتعلق بتجارته، تعتبر تجارية بالتبعية.

وهكذا يعتبر تجاريا بالتبعية التزام التاجر بتعويض الضرر الذي أصاب تاجر آخر بسبب المنافسة الغير المشروعة، وبسبب الضرار اللاحقة بالغير داخل المؤسسة، وبسبب إصابات العمل التي يتعرض لها أجراؤه.

- **الإثراء بلا سبب:** كافة الأعمال الصادرة عن التاجر بمناسبة ممارسته لتجارته والتي تؤدي إلى إثرائه بدون سبب مشروع تعتبر تجارية بالتبعية ، ومن ذلك استيفاؤه ثمن سلعة أكثر من السعر الرسمي والتزامه برد الزيادة في هذه الحالة (الفصل 66 من ق.ل.ع)، يعتبر عملا تجاريا بالتبعية، كذلك لو أن شركة النقل مثلا أنفقت على البضاعة المشحونة من أجل الحفاظ عليها دون أن تكون مفوضة بذلك فعملية الفضالة و ما تستحق من تعويض عنها تعتبر عملا تجاريا بالتبعية.

غير أن هناك طائفة من الأعمال بالرغم من إجرائها من قبل التاجر تأمينا لأغراض تجارته، فإنها تحتفظ بطبيعتها المدنية، وهي ما يسمى بالتكاليف القانونية. مثل الديون الضريبية أو ديون التاجر للصندوق الوطني للضمان الإجتماعي، نظرا للطبيعة القانونية الخاصة لهذه الالتزامات،-حيث أنها تتعلق بالمصلحة العامة، وتخضع لقواعد قانونية خاصة ذات طبيعة نظامية فإنها تستعصي على نظرية التبعية، لذلك تحتفظ بطبيعتها الأصلية.

المبحث الثالث: الأعمال التجارية المختلطة

ليست الأعمال التجارية المختلطة فئة ثالثة من الأعمال التجارية بقدر ما هي تطبيق خاص للأعمال التجارية بطبيعتها، وبالتبعية.

ولعل ما يميز العمل المختلط كونه عملا مدنيا بالنسبة لأحد طرفي العلاقة القانونية و تجاريا بالنسبة للطرف الأخر، فعقد النقل مثلا هو عمل تجاري بالنسبة لشركة النقل إلا انه مدني من جانب المسافر العادي، ومن الواضح أن الأعمال المختلطة هي التي تكون تجارية- بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة للطرف الأخر، وهو ما استدعى تطبيق نظام قانوني معين.

1- النظام القانوني للعمل المختلط

إزاء الوضع القانوني المختلف لكل طرف عن الأخر اقتضى الأمر تطبيق نظام قانوني مزدوج دون تغليب أحد النظامين على الأخر، وذلك بتطبيق أحكام القانون التجاري على الطرف الذي يعد العمل من جهته تجاريا، وتطبيق أحكام القانون المدني على الجانب الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه مدنيا، وهو ما وضحته المادة الرابعة من مدونة التجارة كالتالي:" .... تطبق قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، و لا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك". وتطبيق نظرية الأعمال التجارية المختلطة تثير بعض الصعوبات على **مستوى الإختصاص القضائي والإثبات.**

- الإختصاص القضائي

لقد حسم المشرع المغربي في هذه المسألة حينما نص صراحة في المادة 5 من القانون المتعلق بإحداث المحاكم التجارية على أنه :" ....يمكن الإتفاق بين التاجر وغيره على إسناد الإختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر".

لكن المحاكم قامت بتأويل مقتضيات هذه الفقرة وفق ما سار عليه القضاء التجاري الفرنسي الذي يأخذ بنظام القضاء المزدوج، والذي استقر فيه الإجتهاد القضائي على إعطاء الخيار للطرف غير التاجر في أن يقاضي التاجر إما أمام القضاء المدني أو أمام القضاء التجاري، أما التاجر فلا يجوز له أن يقاضي خصمه غير التاجر إلا أمام القضاء المدني، ولعل ما يبرر هذا الإختيار الممنوح للطرف المدني كون هذا الأخير غريب عن الميدان التجاري، كما أن القضاء التجاري استثنائي وغير مألوف لديه.

- الإثبات

المبدأ في المواد التجارية هو حرية الإثبات بكافة الطرق أيا كانت قيمة التصرف القانوني، على عكس الحال في المواد المدنية التي تتطلب الكتابة في الإثبات كلما تجاوزت قيمة التصرف 250 درهم. ويبدو أن المستفيد من هذا الإختلاف هو الجانب المدني (غير التاجر) بحيث يستطيع أن يثبت حقه في مواجهة الطرف الذي يعد بالنسبة إليه العمل تجاريا بكافة وسائل الإثبات، وفي المقابل لا يمكن الإثبات في مواجهة الطرف الذي يعتبر التصرف من جانبه مدنيا إلا كتابة متى تجاوزت قيمة التصرف 250 درهم. هذا ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك.

الفصل الثاني: شروط اكتساب صفة "تاجر"

يشترط لاعتبار الشخص تاجر أن يمارس نشاطا تجاريا على وجه الإعتياد أو الإحتراف (الفرع الأول) ويجب أن تكون تلك الممارسة لحسابه الخاص وليس لحساب الغير لأن ذلك هو الذي يميز التاجر عن الأجير (الفرع الثاني)، وأن يكون متمتعا بالأهلية التجارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ممارسة التجارة على سبيل الاعتياد أو الاحتراف

الأساس في اعتبار الشخص تاجر وفق المدونة الجديدة، ممارسة لواحد أو أكثر من الأنشطة التجارية المنصوص عليها في المواد 6 و 7 أو المماثلة لها(المادة 8)، على سبيل الإعتياد أو الإحتراف، بخلاف المدونة القديمة التي كانت تربط اكتساب صفة تاجر، باحتراف الأعمال التجارية ، أما مجرد الاعتياد فهو غير كاف لاكتساب تلك الصفة، ولعل المشرع في المدونة الجديدة عندما جعل مجرد الإعتياد سببا في اعتبار الشخص تاجر، إنما كان يهدف من وراء ذلك مد الصفة التجارية إلى كل ممارس لنشاط تجاري، ولو كان يتعاطى له بصفة عرضية، ولكن متكررة. و ذلك لحماية الغير ممن يتعامل مع مثل هذا الممارس، حتى يستفيد من ضمانات الدين التجاري.

أولا: معنى الاعتياد والاحتراف

بالرغم من غياب مقتضيات قانونية بشأن تحديد معنى الاعتياد والاحتراف، فإنه يمكن القول أن كلاهما يفترض التكرار، أي تكرار العمل بشكل منتظم، وعدم الاقتصار بعملية واحدة، أو بعض العمليات المتفرقة.

- فالاحتراف يعني توجيه الشخص نشاطه، بصفة رئيسية، إلى مزاولة العمل التجاري، بحيث يكون ذلك النشاط مورد رزقه الوحيد، أو على الأقل الأساسي[1]، وقد ذهب بعض الفقه[2] إلى أن الاحتراف يفترض العلانية، أي ممارسة التجارة بشكل علني عن طريق تكريس الممارس جهده كله أو جله لتلك الممارسة، على نحو يجعله يظهر إلى العموم على أنه تاجر(محترف).

- أما الاعتياد: فيعني توجيه الشخص نشاطه، بصفة ثانوية، إلى مزاولة العمل التجاري على نحو يشكل ذلك النشاط موردا إضافيا للعيش، حيث انه ولو كان يزاول ذلك العمل بصفة متكررة، ومنتظمة فإنه لا يكرس له كل أو جل جهده، وهذا يعني أن الاعتياد في درجة أدنى من الاحتراف، بحيث إذا كان هذا الأخير يتضمن حتما الاعتياد، فإن العكس غير صحيح، أي أن الحرفة تستلزم تكرار العمل على وجه الاعتياد و اتخاذها حرفة معتادة.

ثانيا: الاحتراف وتعدد المهن

لا مانع من اعتبار الشخص تاجرا رغم تعدد الحرف التي يقوم بها، وذلك متى كانت تجارته مستقلة وقائمة بذاتها وأن يمارسها على سبيل الاحتراف أو الاعتياد، وليس بشكل عرضي، و تخضع كل حرفة في هذه الحالة للقواعد القانونية الخاصة بها ، فالموظف الذي يتعاطى للعمل التجاري مثلا ، يبقى خاضعا لقانون الموظفين في كل ما يتعلق بوظيفته، و يخضع إلى جانب ذلك لأحكام قانون التجارة فيما يخص أعماله التجارية، و بالأخص الأحكام المتعلقة بجواز شهر الإفلاس والالتزام بمسك الدفاتر و غيرها من الالتزامات التي تقع على كل من زوال الأعمال التجارية على وجه الاحتراف.

ولما كان المبدأ في التشريع المغربي هو وحدة الذمة المالية للشخص، فإن كافة أموال التاجر تعتبر ضامنة لديونه سواء منها التجارية أو غير التجارية، وتطبيقا لذلك ليس في القانون مايحول دون إشهار إفلاس الموظف المحترف للتجارة.

ثالثا: احتراف عمل تجاري غير مشروع

ذهب بعض الفقه[3] إلى أنه يشترط لاكتساب صفة التاجر أن يكون النشاط الذي يمارسه متعاطي التجارة غير مخالف للنظام العام وحسن الآداب، لكن الرأي الراجح في الفقه، ذهب إلى أن من يتاجر في الممنوعات (المخدرات- التهريب) مثلا يعتبر تاجر، ويخضع بالتالي للالتزامات التي يخضع لها التجار، لأن من شأن ذلك أن يضاعف الجزاءات عليه، إذ بالإضافة إلى الجزاءات الجنائية المقررة لتلك المخالفة، يكون بالإمكان أن توقع عليه

---

[1]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، رقم 124.

[2]- SAVATIER – Contribucion a une étude juridique de la profession , in dix ans de conférences d'agrégation, Hommage, a J .Hamel , 1961, p 3.

[3]- سميحة القليوبي، مرجع سابق – الفقرة 87.

الجزاءات المقررة لمخالفة الالتزام بمسك المحاسبة التجارية، والقيد في السجل التجاري وإخضاعه لنظام الإفلاس، كما أنه يمكن للغير حسن النية من الاستفادة من الضمانات التي يقررها القانون للدين التجاري.

رابعا: احتراف الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى للتجارة

كما يمكن للأشخاص الطبيعيين والشركات باعتبارها أشخاص اعتبارية خاصة، أن يمارسوا التجارة، فإنه يمكن للأشخاص الاعتبارية العامة من دولة وبلديات وغيرها أن يمارسوا العمل التجاري، لكن ليس بنفسها وإنما عن طريق مؤسسات عمومية تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة تنشأ لهذا الغرض، أو عن طريق المساهمة في رأسمال شركات تجارية من أشخاص القانون الخاص، ومع ذلك فإن الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، لا تعتبر تاجر و لا تكتسب صفة تاجر لتنافر هذه الصفة مع طبيعة الدولة ووظيفتها وهي تحقيق الصالح العام. وإن كان العمل الذي تقوم به يعد تجاريا ويخضع للقانون التجاري.

الفرع الثاني: مزاولة الشخص التجارة لحسابه الخاص

لا يكفي لاكتساب الشخص صفة تاجر احتراف الأعمال التجارية، بل ينبغي أن يقع ذلك باسمه ولحسابه الخاص، بمعنى أن يباشر العمل بوصفه أصيلا وليس وكيلا أو تابعا، وهذا طبيعي لأن التجارة تقوم على الإئتمان، و الإئتمان ذو صفة شخصية يستتبع مسؤولية القائم بالعمل التجاري، و بناء على ذلك لا يعد تجارا العمال، والمستخدمون ومديري الفروع و الوكالات ، لأنهم إنما يزاولون العمل لحساب غيرهم وليس لحسابهم الخاص، وكذلك مديري الشركات باستثناء شركات التضامن والتوصية لكونهم مسؤولين مسؤولية تضامنية عن ديون الشركة.

كما يعتبر السماسرة والوكلاء بالعمولة تجارا حتى وإن كانوا يقومون بالعمليات التجارية لحساب عملائهم و موكليهم، فهم يقومون بالحرفة التجارية على وجه الاستقلال، وقد خلع عليهم القانون صراحة الطابع التجاري في المادة 6 من مدونة التجارة.

الفرع الثالث: الأهلية التجارية

حتى يكتسب الشخص صفة تاجر يتعين أن يكون متمتعا بأهلية مزاولة التجارة(المبحث الأول)، غير أنه يحضر أحيانا على الشخص رغم تمتعه بأهلية الإتجار ممارسة الأعمال التجارية(المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأهلية ومباشرة التجارة

حتى يكون محترف العمل التجاري أهلا لاكتساب صفة تاجر ، فإنه يجب أن يكون متوفرا على الأهلية القانونية. ويعتبر الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد دون أن يعترضه عارض من سفه أو جنون، وسنتعرض لمختلف مراحل الأهلية، وإمكانية ممارسة التجارة فيها. على أن ندرس في الأخير أهلية المرأة المتزوجة لممارسة التجارة.

أولا: الأهلية الكاملة

تكتمل أهلية الشخص في التشريع المغربي ببلوغه سن الرشد القانوني وهو 18 سنة شمسية كاملة(المادة 209 من مدونة الأسرة) ما لم يكن قد اعترضه عارض من سفه أو جنون.

أما بالنسبة للأجنبي فإنه يعتبر كامل الأهلية لمزاولة التجارة في المغرب ببلوغه 20 سنة كاملة، ولو كان قانون جنسيته يفرض سنا أعلى (المادة 15 من مدونة التجارة)، وهو لا يجوز له قبل بلوغ هذا السن أن يتاجر في المغرب إلا بإذن من رئيس المحكمة التي ينوي ممارسة التجارة في دائرتها حتى ولو كان قانون جنسيته يقضي بأنه راشد، ويجب أن يقيد الإذن في السجل التجاري (المادة 16 من م ت).

ثانيا: الأهلية الناقصة

يعتبر الشخص ناقص الأهلية إذا بلغ سن التمييز وهو 12 سنة ولم يبلغ بعد سن الرشد، أو كان بالغا سن الرشد إلا انه كان سفيها أو معتوها (المادة 213 من مدونة الأسرة).

و لما كان القاصر المميز يمر بعدة مراحل يختلف حكم التصرفات التي يجريها خلالها، قبل بلوغه سن الرشد فإننا نرى أن نتطرق لكل مرحلة من هذه المراحل.

1- الصغير المميز: هو ناقص الأهلية الذي أتم 12 من عمره، تصرفاته تخضع لأحكام الأهلية المدنية الواردة في المادة 224 من مدونة الأسرة، فهو لا يمكنه أن يمارس التجارة بنفسه ولا أن يكون تاجرا، لكن يمكن لنائبه الشرعي استثمار أمواله في التجارة نيابة عنه فإذا كان النائب الشرعي أبوه أو أمه(الولي) فلا حاجة للحصول على إذن قبلي من القاضي لإدارة أموال القاصر. ما لم تتجاوز أموال هذا الأخير المستغلة في التجارة 200.000 درهم (المادة 240 من م الأسرة).

- أما إذا كان النائب الشرعي وصيا، أو مقدما، فلا يجوز له أن يستثمر أموال القاصر في التجارة، إلا بعد الحصول على إذن خاص من القاضي المختص (المادة 14 من مدونة التجارة) ويتعين تقييد الإذن في السجل التجاري للوصي أو المقدم.

- وإذا كان الصغير المميز لا يتسلم أمواله كقاعدة عامة قبل رشده، إلا أن هذه القاعدة ورد عليها استثناء، يتمثل في إجازة القانون له بإدارة جزء من أمواله على سبيل التدرب على المعاملات المالية، لكن بشرط الحصول على إذن الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم، أو الصغير المعني بالأمر(المادة 226 من مدونة الأسرة)، كما أوجب القانون قيد ذلك الإذن في السجل التجاري ليتعرف المتعاملون معه على حقيقة وضعه القانوني(المادة 13 من مدونة التجارة).

2- ترشيد ناقص الأهلية: متى بلغ ناقص الأهلية السادسة عشرة من عمره، فإن القانون أجاز له، ولنائبه الشرعي إذا آنس منه مخايل الرشد أن يطلب من المحكمة ترشيده (المادة 218 من مدونة الأسرة)، والمرشد يكون في حكم كامل الأهلية ، ويمكنه ممارسة التجارة بنفسه لكن بشرط تقييد الإذن والترشيد في السجل التجاري(المادة 13 من مدونة التجارة).

3- انعدام الأهلية: تنعدم الأهلية في الشخص إما لصغر سنه(لم يتم 12 سنة من عمره) أو لإصابته بالجنون أو فقدان العقل(المادة 217 من مدونة الأسرة). -وعديم الأهلية ليس له الحق في التصرف في أمواله فبالأحرى الاشتغال بالتجارة، فكافة تصرفاته تعتبر باطلة ولكن يمكن لنائبه الشرعي أن يستثمر أمواله في التجارة متى حصل على موافقة القاضي المختص.

4- أهلية المرأة المتزوجة بممارسة التجارة

كان القانون التجاري الملغى ينص في فصله السادس على أنه لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تكون تاجرة في المغرب بدون رضا زوجها، لكن هذا المبدأ يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعطي للمرأة مطلق الحرية في إدارة أموالها، بما فيها ممارستها التجارة، كما أنه يتعارض مع مقتضيات الفصل 35 من م ح ش ، الذي جاء فيه بأن للمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج، لكن المشرع في مدونة التجارة الجديدة أعاد النظر في هذه المسألة فمنح للمرأة المتزوجة الحق في أن تتاجر دون أن يتوقف ذلك على إذن زوجها (المادة 17 م ت).

المبحث الثاني: المنع من مزاولة التجارة واكتساب صفة "تاجر"

تنص المادة 11 من مدونة التجارة الجديدة على أنه :" يعتبر تاجر كل شخص اعتاد ممارسة نشاط تجاري رغم وقوعه في حالة الحظر أو السقوط أو التنافي".

والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع أضفى صفة تاجر على من يمارس التجارة بالرغم من المنع الواقع عليه بعدم ممارستها، ولعل إقرار المشرع لهذا المبدأ إنما يستهدف من ورائه جعل هذا الشخص مسؤولا مسؤولية تجارية عن أي ضرر يحدث للغير المتعامل معه، على أساس أنه تاجر، كما أنه بالإضافة إلى تعرضه للعقوبات الزجرية والتأديبية المنصوص عليها في القانون إذا خالف ذلك المنع، فإن اعتباره تاجر سيجعله يخضع لالتزامات التجار التي تتصف بالشدة، كنظام الإفلاس، والتفالس أو التصفية القضائية إذا توقف عن أداء ديونه.

ويمكن من خلال المادة السالفة الذكر استخلاص حالات الحضر كالتالي:

1. حالات التنافي

يحضر القانون على بعض الأشخاص مزاولة العمل التجاري كما هو الشأن بالنسبة للموظفين العموميين[1]، - سواء الذين يخضعون لقانون الوظيفة العمومية، أو لقوانين خاصة كرجال السياسة والجيش والشرطة والقضاء والتعليم- والمحامون[2] والموثقون والعدول والأطباء[3]، ويرجع ذلك إلى تنافي المهنة الأصلية التي يمارسها هؤلاء مع طبيعة العمل التجاري الذي يستهدف الربح، في حين أن الوظيفة العمومية تقوم على تحقيق المصلحة العامة، وعمل المحامي على تحقيق مصلحة موكله، كما أن منع هؤلاء جاء في إطار حماية

[1] - الفصل 15 من ظهير 24 فبراير 1958 المنظم للوظيفة العمومية.
[2] - المادة 7 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة لسنة 1996، الجريدة الرسمية عدد 4421 بتاريخ 14 1996/10
[3] - المادة 2 من القانون رقم 10.94 لسنة 1996 المتعلق بمزاولة مهنة الطب.

استقلاليم، ولرغبة المشرع في إبعادهم على كل ما من شانه أن يصرفهم عن تأدية وظائفهم بالأمانة والإخلاص الواجب توفرها في الموظف المسؤول عن الأمانة والثقة.

2. حالات السقوط

يسقط حق الشخص في ممارسة التجارة في حالة صدور حكم قضائي يمنعه من ذلك، نتيجة لارتكابه أفعال إجرامية تمس بالثقة و الإئتمان ولقد نصت مدونة التجارة عن عقوبة سقوط الأهلية التجارية، وحددت حالاتها بالنسبة لمسيري المقاولات التي تفتح في وجهها مسطرة المعالجة في المواد من 711 إلى 720.

3. حالات الإحتكار العمومي

المقصود هنا احتكار نشاط اقتصادي معين من طرف الدولة أو مؤسسة معينة، حيث يمنع على الخواص التعاطي لذلك النشاط كما هو الشأن بالنسبة لاستخراج وتصنيع الفوسفات، وصناعة التبغ والنقل عبر السكك الحديدية وغيرها من الأنشطة التي لم تطلها يد الخوصصة.

الباب الثاني: التزامات التاجر وحقوقه

أخضع القانون التاجر إلى عدة التزامات، نصت مدونة التجارة على التزامين منهما هما: مسك المحاسبة والمحافظة على المراسلات (الفرع الأول) والقيد في السجل التجاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:مسك المحاسبة والمحافظة على المراسلات

كانت المدونة القديمة تأخذ بنظام الدفاتر التجارية، لكن ونظرا لعدم ملائمة هذه الطريقة وطرق التدبير وإدارة الأعمال الحديثة، فقد استعاض عنها المشرع بنظام المحاسبة، الذي أخذه عن النظام الفرنسي وذلك لمقتضى القانون رقم 9.88 الصادر بتاريخ 25 ديسمبر1992 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها.

وهكذا أوجبت المادة 18 من مدونة التجارة على كل تاجر أن يفتح لأغراض تجارته حسابا في مؤسسة بنكية أو مركز للشيكات البريدية، والهدف من هذا الإلزام الجديد هو من جهة تشجيع استعمال وسائل الأداء والسحب الحديثة في المعاملات التجارية، خاصة وأن المادة 306 من مدونة التجارة توجب الوفاء بين التجار في المعاملات التجارية بواسطة الشيك المسطر أو بالتحويل إذا فاق مبلغ المعاملة 10.000 درهم، ومن جهة أخرى محاربة التهرب الضريبي.

هذا، وأوجبت المادة 19 من المدونة كذلك على كل تاجر مسك محاسبة وذلك طبقا لمقتضيات القانون رقم 9.88 السالف الذكر،كما نصت المادة 26 من المدونة على أن ترتب وتحفظ أصول المراسلات الواردة ونسخ المراسلات الصادرة مدة 10 سنوات ابتداء من تاريخها.

وتمسك المحاسبة بواسطة دفاتر خاصة حددها المشرع، أما المراسلات فترتب وتحفظ في ملف خاص، وهذه الدفاتر اعترف لها المشرع بالحجية في العلاقات بين التجار.

فما هي الغاية من إلزام المشرع التجار بمسك المحاسبة التجارية (المبحث الأول) وما هي أدوات هذه المحاسبة وقواعد مسكها(المبحث الثاني) وإلى أي حد يمكن القول بحجيتها (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الغاية من مسك المحاسبة

قصد المشرع من إلزام التجار بمسك المحاسبة حماية مصلحة التاجر، وحماية مصلحة المتعاملين معه، بالإضافة إلى المصلحة العامة، فالمحاسبة تمكن التاجر من التعرف باستمرار على أحوال تجارته، وذلك من خلال البيانات التي تتضمنها والمتعلقة بأصوله وخصومه، وهو ما يمكنه من اتخاذ الاحتياطات اللازمة حتى لا يفاجأ بانهيار أوضاعه التجارية.

وفي حالة توقف التاجر عن الوفاء بديونه، إذا كانت محاسبته منتظمة وكانت تعكس بصورة صادقة وضع تجارته، فإنها تمكنه من إثبات حسن نيته وتجنبه الإدانة بجريمة التفالس[1].

كما تشكل المحاسبة أحد الأدوات الأساسية لجرد تركة التاجر عند وفاته، وفي حالة تصفية الشركة عند توقفها عن مزاولة نشاطها لأي سبب من الأسباب.

وتعود أهمية المحاسبة إلى الدور الذي تلعبه في الإثبات سواء في العلاقة بين التجار فيما بينهم أو مع غير التجار، مادام أنها تعد وسيلة للإثبات أمام القضاء. كما تعد المحاسبة متى كانت منتظمة مرجعا أساسيا لتحديد الوعاء الخاضع للضريبة المفروضة على التاجر، إذ بالاستناد إلى معطياتها يمكن لمصلحة الضرائب أن تفرض ضريبة عادلة على التاجر.

ونظرا لما يطرحه مسك المحاسبة من صعوبات بالنسبة للتجار الصغار بسبب افتقادهم في الغالب للمؤهلات الضرورية، إضافة إلى ضعف قدراتهم المالية مما يجعلهم عاجزين عن الالتجاء إلى المحاسبين المهنيين لمسك محاسبتهم، فإن المشرع عمل على إحداث مراكز لتسيير الحسابات[2] تابعة لغرف التجارة والصناعة والخدمات تتولى مسك حسابات التجار الصغار، ولتشجيع هؤلاء على الالتجاء إلى مثل هذه المراكز قرر المشرع تمتيعهم بتخفيض بنسبة 15% من الضريبة في حالة مسكهم لحساباتهم بواسطة هذه المراكز مع إعفائهم من مراقبة حساباتهم من طرف إدارة الضرائب.

المبحث الثاني: القواعد المحاسبية وقواعد مسكها

المطلب الأول: الوثائق المحاسبية

تمسك المحاسبة بواسطة مجموعة من الوثائق هي: الدفاتر المحاسبية والقوائم التركيبية بالإضافة إلى ملف المراسلات.

أولا: الدفاتر المحاسبية

وهي متعددة وتختلف باختلاف نوع التجارة وأهميتها، وتنقسم إلى نوعين: دفاتر إلزامية أوجب القانون على كافة التجار مسكها، ودفاتر اختيارية وهي الشائعة في الممارسة.

1- الدفاتر الإلزامية: هي في القانون المغربي ثلاثة:

أ. دفتر اليومية: أوجبت المادة 2 من قانون 9.88 على كل تاجر أن يمسك دفتر اليومية، يسجل فيه يوما بيوم كافة العمليات التجارية التي يجريها حسب تسلسلها الزمني سواء ما يتعلق منها بحركة أصول منشأته أو خصومها، ويعتبر دفتر اليومية أهم الدفاتر التجارية لأنه يشكل الأساس المحاسبي لأعمال التاجر.

ب. دفتر الأستاذ: وتنقل إليه كافة الحسابات الواردة في دفتر اليومية وتسجل فيه في شكل قائمة، وتصنف قائمة الحسابات هذه إلى ثلاثة أقسام، قسم يتعلق بحسابات وضعية المنشأة، وقسم يتعلق بحسابات الإدارة وقسم يتعلق بالحسابات الخاصة.

1. المادة 721 من م ت.
2. نص على إحداث هذه المراكز القانون رقم 90-57 المطبق بمقتضى الظهير رقم 228.91.1 بتاريخ 9 نونبر 1992، الجريدة الرسمية، العدد 4183 بتاريخ 30 دجنبر 1992.

ت. دفتر الجرد: يقيد فيه موازنة كل دورة محاسبية من حيث عائداتها وتكاليفها. فالمادة الخامسة من قانون رقم 9.88 ألزمت كل تاجر بأن يقوم عند نهاية كل دورة محاسبية وهي 12 شهرا، بإجراء جرد شامل لكافة أمواله التي يوظفها في تجارته منقولة كانت أو عقارية، و بحصر ماله من حقوق وما عليه من ديون قبل نقل الحصيلة وحساب الأرباح والخسائر إلى هذا الدفتر.

2- الدفاتر الاختيارية: من خلال تسميتها يتضح أنها غير إلزامية، مما يعني أن المشرع لم يتولى تنظيمها، بل يعود أمر تقدير ضرورتها للتجار أنفسهم متى استوجبت ذلك طبيعة التجارة وأهميتها، ونظرا لكثرتها نشير إلى أهمها :

- دفتر المسودة: يدون فيه التاجر تفاصيل العمليات اليومية بدون تنظيم لنقلها في نهاية اليوم أو الأسبوع أو الشهر إلى دفتر اليومية.

- دفتر المخزن: تدون فيه البضائع التي دخلت أو خرجت من المخزن.

- دفتر الصندوق: يستعمل على الخصوص في البنوك، والجهات التي تكثر فيها النقود الصادرة والواردة، وأصبحت هذه العمليات تجري الآن بواسطة الحاسوب في البنوك والمؤسسات الكبرى.

ثانيا: القوائم التركيبية

أوجبت المادة 9 من ظهير 25 دجنبر 1992 على كل تاجر أن يعد عند اختتام الدورة المحاسبية، قوائم تركيبية سنوية تتضمن الموازنة[1] وحساب العائدات والتكاليف، وقائمة أرصدة الإدارة وجدول التمويل، والجرد المقيد في دفتر اليومية ودفتر الأستاذ ودفتر الجرد.

ثالثا: ملف المراسلات الصادرة والواردة

نصت على هذا الالتزام المادة 26 من مدونة التجارة الجديدة التي فرضت على كل تاجر أن يرتب ويحفظ أصول المراسلات الواردة، ونسخ المراسلات الصادرة مدة عشر سنوات ابتداء من تاريخها، وتشمل كلمة المراسلات كافة المستندات التي لها علاقة بتجارته، بما فيها البرقيات والفاكسات والفاتورات والإيصالات ووثائق التأمين والشحن وتذاكر النقل وغيرها. وإلزام التاجر بالمحافظة على هذه الوثائق راجع لكونها تشكل وسائل إثبات القيود الواردة في المحاسبة، ومن تم أداة للتأكد من نزاهتها وصدقها.

المطلب الثاني: قواعد تنظيم ومسك الدفاتر المحاسبية

من القواعد التي يجب مراعاتها في كل الدفاتر التجارية:

- عدم ترك أي فراغ أو بيان من شأنه أن يستغل في إضافة بيانات جديدة أو أرقام جديدة.

1. الموازنة أو القائمة الموازنة LE BILAN: يجب أن تبين بصورة منفصلة عناصر أصول المنشأة و خصومها في شكل جدول من عمودين

- أن لا يقع أي شطب أو كتابة في الحواشي أو بين السطور، وإذا وقع خطأ تعين تصحيحه بقيد جديد مع الإشارة إليه، وإلى تاريخه حتى لا يقوم أي شك في صحة تلك البيانات.

- وقبل استعمال دفتر اليومية والجرد، يجب أن يعرضها التاجر على كاتب الضبط بالمحكمة الابتدائية التابع لها مقر المنشأة ليرقم صفحاتها ويوقع عليهما، والمقصود من ذلك تفادي قيام التاجر بتمزيق أو قطع صفحات الدفتر، أو إعدامه أو اصطناع آخر.

ولعل الغرض من فرض هذه الإجراءات هو حماية تلك الدفاتر وبالتالي ضمان قيامها بوظيفتها كوسيلة للإثبات حسب ما هو منصوص عليه في المادة 19 من مدونة التجارة كالتالي:" إذا كانت تلك المحاسبة ممسوكة بانتظام فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارتهم".

وإذا ترتب عن عدم مسك المحاسبة بصورة منتظمة إلحاق ضرر بالغير أو بالشركاء قامت المسؤولية المدنية للمسؤول عن ذلك وفق القواعد العامة، كما نصت المدونة الجديدة على مجموعة من الجزاءات، التي توقع على التجار الذين يخالفون قواعد مسك محاسبة منتظمة وتتمثل هذه الجزاءات في إسقاط الأهلية(المادتان 712 و 713) ، إدانتهم بجريمة التفالس(المادة 721).

المبحث الثالث: حجية المحاسبة في الإثبات

المحاسبة لا تعتبر حجة إلا في مواجهة التجار، أما في مواجهة غير التجار فهي يمكن أن تستعمل لإثبات حقوقهم في مواجهة التاجر، ولا يمكن أن تستعمل لإثبات حقوق التاجر في مواجهتهم.

وباعتبار الإثبات بواسطة المحاسبة يشكل استثناء من قواعد الإثبات العامة فإنه يشترط أن تستعمل لمصلحة التاجر أو ضده[1] ولا يجوز أن تستعمل ضد غير التاجر

1- الإثبات لمصلحة التاجر

استثناء من المبدأ العام الذي يقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه (الفصل 438 من ق.ل.ع)، فإن التاجر يستطيع أن يستعمل محاسبته لإثبات ما يدعيه في مواجهة تاجر آخر، ويستفاد هذا الحكم مباشرة من نص المادة 19 التي ورد فيها:" إذا كانت تلك المحاسبة ممسوكة بانتظام فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارتهم" ، ومن خلال هذا النص فإن المحاسبة لكي تكون حجة لابد من توفر الشروط الثلاثة الآتية:

أ- يجب أن يكون النزاع بين تاجرين: أي أن تكون الدعوى بين تاجرين يلتزمان بمسك محاسبة منتظمة، وذلك حتى يتيسر للقاضي إجراء المقارنة بينهما لاستخلاص الحقيقة. بحيث إما أن تتطابق و لا إشكال، وإما أن تتناقض حينئذ للقاضي أن يهملها ويلزم المدعي بان يقدم دليل آخر، أو أن يرجح احدها على الآخر إذا كان هناك ما يبرر ذلك.

1- عبد الناصر براد، القوة الثبوتية لكشوف الحسابات في حالة التقاضي، المجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية، العدد 16- 1988، ص 69.

ب- أن يكون النزاع ناشئا عن عمل تجاري بالنسبة لكل من الخصمين: أما إذا كان العمل مدنيا فيلزم آنذاك اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة في القانون المدني، كما إذا كانت الدعوى تتعلق بدين لا صلة له بالتجارة القائمة بين الطرفين، حتى وإن كانا تاجرين- بحيث لا يمكن تقييد هذه العملية في محاسبتهما ولا يمكن بالتالي إجراء المقارنة بينهما.

ج- أن تكون المحاسبة منتظمة: غالبا ما يميل القضاء إلى الأخذ بالمحاسبة المنتظمة، في استخلاص الدليل بدلا من المحاسبة الغير المنتظمة، فانتظام المحاسبة دليل على عدم امتداد التلاعب إلى القيود الواردة فيها، ومع ذلك فلقاضي الموضوع السلطة التقديرية في قبول المحاسبة كدليل أو رفضها، وإلزام الخصوم بتقديم أدلة أخرى.

2- الإثبات ضد التاجر صاحب المحاسبة

تنص المادة 20 من مدونة التجارة على أنه:" يجوز للغير أن يحتج ضد التاجر بمحتوى محاسبته ولو لم تكن ممسوكة بصفة منتظمة" يتضح من خلال هذا النص أن المحاسبة قد تكون حجة ضد التاجر الذي يمسكها وذلك بغض النظر عن صفة الخصم الذي يحتج بها، سواء أكان تاجرا أم لا، وسواء أكانت محاسبته منتظمة أو غير منتظمة، إجبارية أو اختيارية، باعتبار أن ما يقيده التاجر في محاسبته يعد من قبيل الإقرار، والإقرار يعتبر حجة على صاحبه، ومع ذلك فهي لا تعتبر حجة قاطعة على صاحبها، إذ يمكن أن يقيم الدليل على عكس ما ورد فيها بكافة وسائل الإثبات، كأن يثبت أن خطأ وقع في التسجيل....

3- كيفية الاحتجاج بالمحاسبة

حسب المادة 22 من مدونة التجارة فإنه:" يجوز للمحكمة أثناء الدعوى أن تأمر تلقائيا أو بناء على طلب احد الأطراف بتقديم الوثائق المحاسبية أو بالإطلاع عليها". نستخلص من خلال هذا النص أن هناك طريقتين لاستعمال المحاسبة في الإثبات هما:

- التقديم: ويقصد به وضع محاسبة التاجر تحت تصرف المحكمة للاطلاع على البيانات المتعلقة بالنزاع فقط، وتقوم بذلك بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لهذا الغرض، ويتم ذلك بحضور التاجر صاحب المحاسبة، دون تمكين الخصم من الإطلاع على البيانات الواردة فيها حتى لا يطلع على أسرار خصمه، ويتم تقديم المحاسبة سواء تلقائيا من التاجر أو بناء على طلب من الخصم أو بطلب من المحكمة من تلقاء نفسها. وإذا رفض التاجر تقديم محاسبته فإن المحكمة تجبره على ذلك عن طريق فرض غرامة تهديدية عليه، كما أنه يجوز لها أن توجه اليمين إلى الطرف الآخر، وتأديته يعتبر قرينة على صحة ادعاء هذا الأخير(المادة 25 من م.ت).

- الإطلاع: يقصد به وضع محاسبة التاجر رهن إشارة الخصم ليطلع عليها، ويبحث فيها عن الأدلة التي تؤيد دعواه، ومن خلال ذلك يتضح أن الإطلاع إجراء شديد الخطورة، إذ من شأنه إفشاء أسرار التاجر، لذلك فإن القانون حصره في الحالات التالية: التركة والقسمة وفي حالة التسوية أو التصفية القضائية، وهو ما نصت عليه المادة 24 من مدونة التجارة وكذا الفصل 435 من ق. ل.ع.

الفرع الثاني: القيد في السجل التجاري

إلى جانب الالتزام بقواعد المحاسبة والمحافظة على المراسلات، يلزم المشرع التاجر بالقيد في السجل التجاري، ونقترح أن نتناول هذا الفرع في ثلاثة مباحث، نخصص الأول منها للتعريف بالسجل التجاري ووظائفه، والثاني لتنظيمه، والثالث لأحكام التسجيل فيه.

المبحث الأول: تعريف السجل التجاري ووظائفه

أولا: تعريف الأصل التجاري

السجل التجاري أداة رسمية للشهر والاستعلامات تشرف عليه السلطة القضائية، يسجل فيه التجار والشركات التجارية، وتسجل فيه البيانات المتعلقة بهم قصد تمكين الجمهور من الحصول على المعلومات عن المشاريع التجارية التي تشتغل بالمغرب، وقصد جعل مدرجاته نافذة في حق الغير.

ولم يكن القيد بالسجل التجاري أمرا إجباريا أو الأمر، لكن مع صدور قانون فاتح سبتمبر 1926 أصبح القيد فيه إلزاميا، وقد كان ينحصر دوره في الشهر وتقديم المعلومات إلا أن المشرع جعل القيد في السجل التجاري سببا لافتراض صفة تاجر في المدونة الجديدة.

ثانيا: وظائفه

1. الوظيفة الإستعلامية: يتضمن السجل التجاري مجموعة من البيانات الضرورية والخاصة بالتجار والمتعلقة بنشاطهم التجاري والصناعي، وتوضع هذه المعلومات رهن إشارة كل من يهمه الأمر، بحيث يكون لكل شخص أن يطلب نسخة أو مستخرج مشهود بصحته للتقييدات الواردة في السجل أو شهادة تثبت عدم وجود تقييد أو أن التقييد الموجود قد شطب عليه(المادة 29 من م ت).

2. الوظيفة الإحصائية: يعد السجل التجاري أداة إحصائية لكل ما يتعلق بالتجارة والمشروعات التجارية وهو ما يمكن الدولة من معرفة النشاط التجاري وتصنيفه حسب الطبيعة أو الحجم، وبالتالي العمل على تشجيع ما يستحق التشجيع والتقليص مما هو غير منتج وتغييره بما هو أفضل.

3. الوظيفة القانونية: يعتبر السجل التجاري أداة الشهر القانوني في المادة التجارية، وتحقق هذه الوظيفة عندما يأخذ المشرع بحجية البيانات المسجلة في السجل بحيث يكون للتاجر الاحتجاج بها في مواجهة الغير على أساس افتراض علم الكافة بها، غير أن البيانات الغير المقيدة لا حجية لها.

كما أن المشرع جعل من القيد في السجل التجاري سببا لافتراض الصفة التجارية في كل شخص ذاتي أو اعتباري يسجل نفسه فيه، غير أن هذا التقييد يعتبر قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

وللقيد في السجل التجاري أهمية بالغة في توفير الحماية القانونية لكل من الاسم والعنوان التجاريين، وكذلك العلامات التجارية، مما يمكن معه القول بأن للسجل دور هام في

منع الإنتحال والغش والسرقة للأسماء والعلامات وبالتالي الحماية من المنافسة غير المشروعة.

المبحث الثاني: تنظيم السجل التجاري بالمغرب

يوجد في المغرب نوعان من السجلات التجارية، سجلات محلية وسجل مركزي(المادة 27 من م ت).

أولا: السجل المحلي: هو سجل أنشأه المشرع في كل إقليم من أقاليم المملكة، تحت إشراف وتنظيم كتابة الضبط المحكمة التجارية أو الإبتدائية بالنسبة للمدن التي لا توجد فيها المحاكم التجارية، تحت إشراف قاض ينتدب لهذه المهمة في بداية كل سنة قضائية.

وينقسم السجل المحلي إلى قسمين:

- سجل ترتيبي: يقيد فيه ملخص للبيانات المصرح بها وفق ترقيم متصل يبتدئ مجددا في فاتح يناير من كل سنة (المادة 8-1 من المرسوم التطبيقي للسجل التجاري).

- سجل تفصيلي: يدون فيه البيانات بشكل مفصل، يتكون بدوره من مجموعتين، إحداها تخصص للأشخاص الطبيعيين والثانية للأشخاص المعنويين.

- طريقة القيد في السجل المحلي

يتم التسجيل بواسطة تصريح بالتقييد يقدم في ثلاثة نظائر بواسطة أحد نماذج أربعة: نموذج 1 للتجار، نموذج 2 للشركات ونموذج 3 للفروع والوكالات ونموذج 4 لتعديل القيود. ويجب أن يكون موقعا من التاجر أو وكيله المأذون خصيصا لهذا الغرض بمقتضى وكالة صحيحة قانونا. ويجوز لكاتب الضبط المتلقي للتصريح أن يرفض إجراء القيد، إذا كان التصريح لا يتضمن كافة البيانات المطلوبة (المواد 42 إلى 48 من م ت).

ويتعين أن يقع القيد في السجل المحلي خلال ثلاثة أشهر الموالية لفتح أو شراء الأصل التجاري (المادة 75 من م ت) فبالنسبة للشركة فهي نفس المدة تبتدئ من يوم تأسيس الشركة وتكتسب هذه الأخيرة الشخصية المعنوية بمجرد القيد في السجل التجاري.

ثانيا: السجل التجاري المركزي

يتولى المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية بالدار البيضاء، مسك وتنظيم السجل التجاري المركزي، ويستهدف السجل التجاري المركزي مركزة المعلومات المقيدة في السجلات المحلية، بحيث يقع على عاتق كتابات ضبط المحاكم إرسال نسخة من تصريح البيانات المقيدة بالسجل المحلي إلى مصلحة السجل المركزي، داخل الأسبوع الأول من كل شهر تم خلاله القيد أو التعديل (المادة 30 من م ت).

ويتضمن السجل التجاري المركزي قوائم خاصة بالمعلومات والبيانات عن الأسماء والعناوين والشعارات التجارية.

المبحث الثالث: أحكام القيد في السجل التجاري

1- الأشخاص الواجب عليهم القيد

أوجب القانون المغربي القيد على كل تاجر، فردا كان أو شركة أو مجموعة ذات نفع اقتصادي، مغربيا كان أو أجنبيا، متى كان له محل تجاري أو كان المركز الرئيسي لتجارتهم في الخارج ولهم فروع أو وكالات في المغرب (المادة 37 من م ت).

2- البيانات الواجب قيدها

تختلف البيانات التي تدرج في السجل التجاري حسب ما إذا كان طالب التسجيل تاجر فرد أم شركة.

- حيث يتعلق الأمر بتاجر فرد، يتعين عليه تقديم تصريح يتضمن جميع البيانات المتعلقة باسمه، وجنسيته وحالته الإجتماعية، ونظامه المالي للزواج (المادة 42 من م ت) وكذلك البيانات المتعلقة بالأصل التجاري المستغل، وتشمل الاسم التجاري والعلامة والشعار.

- حيث يتعلق الأمر بالشركة، جميع البيانات المنصوص عليها في المادة 45 من مدونة التجارة والمتعلقة بأسماء الشركاء وجنسيتهم وعنوان الشركة وغرضها، والمقر الإجتماعي للشركة، وشكلها القانوني وكذلك البيانات المتعلقة بالمسيرين، والمقررات القضائية القاضية بحل الشركة وبطلانها.

3- جزاءات عدم التسجيل

أ- الجزاءات المدنية: تتمثل في عدم جواز الإحتجاج في مواجهة الغير بالبيانات الكاذبة أو التي يتم تقييدها أو تعديلها طبقا للقانون (المادة 61 من م ت) مع قيام مسؤولية التاجر التقصيرية عن القيد الكاذب(الفصلان 77- 78 من ق ل.ع).

ب- جزاءات جنائية: يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 1000 و 500 درهم كل مخالف لم يلتزم بالقيد داخل الأجل القانوني أو لم يشر إلى رقم التسجيل ومكانه على الوثائق المعدة للأغيار، بعد شهر من إنذاره من طرف مصلحة التسجيل التجاري، وتتولى المحكمة بعد ذلك إصدار أمر بتدارك القيد داخل شهرين، فإذا لم يتم ذلك تقضي بغرامة جديدة، وإذا تعلق الأمر بفرع أو وكالة أجنبية فللمحكمة أن تأمر بالإضافة إلى الغرامة بإغلاقه إلى أن ينصاع إلى الأمر(المادتان 62 و63 من المدونة).

ويعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة تتراوح بين 1000 و 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من أدلى بسوء النية ببيان غير صحيح قصد تسجيله أو تقييده بالسجل التجاري، ويتضمن الحكم الصادر بالإدانة الأمر بتصحيح البيان الخاطئ (المادة63 من م ت).

الفصل الثاني: حقوق التاجر

اعترف القانون للتاجر بمجموعة من الحقوق ترتبط بممارسته لنشاطه التجاري، ومن أهم هذه الحقوق، الأصل التجاري وحقوق الملكية الصناعية.

الفرع الأول: الأصل التجاري

سنتناول هذا الفرع من خلال المباحث التالية: نحدد في المبحث الأول مفهوم الأصل التجاري ومقوماته، وفي المبحث الثاني سنتطرق لأهم العقود الواردة على الأصل التجاري، على أن نخصص المبحث الثالث للأصل التجاري وحرية المنافسة.

المبحث الأول: مفهوم الأصل التجاري ومقوماته

المطلب الأول: مفهوم الأصل التجاري و طبيعته القانونية

الفقرة الأولى: مفهوم الأصل التجاري

1- تعريف الأصل التجاري

الأصل التجاري حسب الإجتهاد الفقهي هو مجموعة من الأموال المنقولة مادية ومعنوية تآلفت معا بقصد استغلال مشروع تجاري. وهو يشكل وحدة مستقلة عن العناصر المكونة له[1].

وقد عرف المشرع المغربي الأصل التجاري في المادة 79 من م ت بأنه: "... مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية".

وقد اتفق أغلبية الشراح أن فكرة الأصل التجاري بالمفهوم القانوني الحديث، ظهرت في فرنسا خلال القرن 19 غير أن أول من كرس هذه الفكرة بصفة رسمية هو القانون الضريبي لـ 28 فبراير 1898 الذي نظم رهن الأصل التجاري، والذي كان القصد منه توسيع ائتمان التجار، إلى أن جاء قانون 17 مارس 1909 الذي نظم فيه المشرع بيع الأصل التجاري ورهنه وتقديمه حصة في شركة. ومن القانون الفرنسي انتقلت مؤسسة الأصل التجاري إلى القانون المغربي الذي نظم بيعه ورهنه وتقديمه حصة في شركة بمقتضى ظهير 31 ديسمبر 1914 المقتبس من قانون 1909 الفرنسي.

2- نشوء الأصل التجاري

ينشأ الأصل التجاري كوحدة قانونية مستقلة بمجرد توفر عنصري الزبائن والسمعة التجارية اللذين يعتبران أساسيين فيه بحسب القانون المغربي، وهذا ما تنص عليه المادة 80 من م ت " يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية". وهو ما يفيد ضمنا أنه بتوفر هذين العنصريين تكتمل مقومات الأصل التجاري بصرف النظر عن العناصر الأخرى أم لا، وغالبا ما يتطلب تحقيق رصيد من الزبائن وسمعة تجارية، مرور بعض الوقت بعد افتتاح المؤسسة التجارية أبوابها للجمهور.

---

[1] - علي العبيدي- القانون التجاري المغربي 1966، ص: 184. - عبد اللطيف مشبال، الأصل التجاري في التشريع المغربي، المجلة المغربية للقانون عدد 15، ص: 252.

كما يتحقق زوال الأصل التجاري عند التوقف النهائي عن الإستغلال أيا كان سببه، كالإغلاق لمدة طويلة، أو اندثاره نهائيا بفعل الحريق أو الزلزال أو أي سبب آخر.[1]

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للأصل التجاري و خصائصه

إذا كان الجميع يتفق على أن الأصل التجاري هو مجموعة من العناصر المادية والمعنوية التي تتحد فيما بينها لتشكل وحدة قانونية مستقلة لها ذاتيتها الخاصة بها والمتميزة عن العناصر المشكلة لها. فإنه وقع خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية لهذا الأصل، وهو ما جعل من هذا الحق مؤسسة قانونية قاصرة.

أولا: الطبيعة القانونية للأصل التجاري

لقد ترتب على الإختلاف الفقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للأصل التجاري، ثلاث نظريات وهي:

أ: نظرية المجموعة القانونية للأموال أو الذمة المستقلة

حسب هذه النظرية التي نادى بها الفقهاء الألمان، فإن الأصل التجاري هو مجموعة قانونية من الأموال، تشمل الحقوق والديون الناشئة عن الإستثمار التجاري، وهي تشكل ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية العامة للتاجر. والأخذ بهذه النظرية، يؤدي إلى تخصيص الأصل التجاري كذمة مالية مستقلة لضمان الديون التجارية فقط دون الديون المدنية التي تضمنها ذمته المدنية ولعل الغاية من ذلك هو الزيادة في الضمان للدائنين بديون تجارية حتى لا تتم مزاحمتهم بالدائنين العاديين.

غير أن هذا الرأي لا يستقيم مع أغلب التشريعات بما فيها التشريع المغربي الذي يأخذ بوحدة الذمة المالية، فالتاجر له ذمة مالية واحدة تشكل ضمانا عاما لكافة الدائنين سواء بديون تجارية أو بديون مدنية، بحيث يستوفون حقوقهم بالتنفيذ على جميع أ مواله، بما فيها الأصل التجاري باعتباره احد مكونات تلك الذمة.

ب: نظرية المجموعة الواقعية للأموال

ذهب جانب من الفقه إلى أن الأصل التجاري إذا كان لا يعد مجموعة قانونية من الأموال، أو ذمة مستقلة، لما في ذلك من تعارض مع مبدأ وحدة الذمة المالية، فلا مناص من اعتباره مجموعة واقعية من الأموال نظرا لوجود رابطة واقعية بين مختلف عناصره التي تآلفت بقصد الإستغلال التجاري، وهذا يجعل منه مالا خاصا في ذمة التاجر له طبيعة متميزة عن طبيعة العناصر المكونة له، ويترتب عن ذلك أن الأصل التجاري يجوز أن يكون محلا لتصرفات قانونية خاصة تختلف أحكامها عن الأحكام التي يخضع لها كل عنصر من عناصره على حدة. مثلا (رهن الأصل التجاري مثلا يكون رهنا رسميا في حين أ ن رهن بعض عناصره مثل البضائع، لا يمكن أن يكون إلا حيا زيا).

---

1. كثيرا ما يقع الخلط بين الأصل التجاري وبين الحق في الإيجار التجاري إذ يعتقد الكثيرون أن الأصل التجاري لا ينشأ إلا بمرور سنتين على تاريخ عقد الإيجار المكتوب، أو 4 سنوات إذا كان عقد الإيجار شفوي وذلك تطبيقا لما ينص عليه الفصل 5 من ظهير 24 ماي 1955 المتعلق بالكراء التجاري، ويرجع هذا الخلط إلى شيوع الكراء التجاري الممارسة وارتباط الأصل التجاري في الغالب بالحق في الإيجار في حين أنه في كثير من الأحوال يكون الأصل التجاري بدون الحق في الإيجار وذلك متى كان التاجر يملك العقار الذي يمارس فيه تجارته.

إن فكرة المجموعة الواقعية للأموال التي جاءت بها هذه النظرية لم تجد لها تأييدا في الفقه نظرا لكون الطرح الذي أتت به ليس له مدلول قانوني ، فالقانون لا يعرف سوى المجموع القانوني، ففكرة "مجموعة الأموال" لا يمكن أن تكون إلا واقعية ومشتملة على أصول وخصوم ناشئة عن الاستثمار التجاري، والأصل التجاري ليس كذلك من جهة لأن القانون لا يعرف به كذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه، ومن جهة أخرى لأنه لا يشمل إلا على بعض أصول التاجر(العناصر المادية أو المعنوية) دون باقي الأصول الأخرى من عقارات وديون، ومن دون الخصوم.

ج: نظرية الملكية المعنوية .

وأخيرا وجد الفقه في نظرية الملكية المعنوية، ما يستوعب الطبيعة القانونية للأصل التجاري، ومضمون هذه النظرية أن الأصل التجاري يشتمل على نوع من الملكية، تسمى بالملكية المعنوية، والتي لا ترد على شيء محسوس مادي معين، بل هي عبارة عن حق في الاتصال بالزبناء وان حق التاجر على أصله التجاري، ليس إلا حق ملكية معنوية يرد على أشياء مادية مثله في ذلك مثل حقوق الملكية الأدبية والفنية، وهذه الملكية المعنوية بالنسبة للتاجر على أصله التجاري تعطيه حق احتكار الاستثمار التجاري يحتج به على الكافة وتحميه دعوى المنافسة غير المشروعة، شأنها شأن الملكية الأدبية التي تحميها دعوى الاستحقاق[1] وهو الرأي الذي يميل إليه ويؤيده أغلبية الفقه ويراه مناسبا للإعتماد عليه في تحديد طبيعة المحل التجاري.

رابعا: قصور مؤسسة الأصل التجاري

نستخلص من خلال ما سبق أن الأصل التجاري مال معنوي منقول يدخل في ملكية التاجر فيعطيه حق الاستئثار باستغلاله، وهو مثل كافة الحقوق المالية يقبل التصرف فيه بالبيع والرهن والكراء وغير ذلك من التصرفات القانونية.

غير أنه يؤخذ عليه كتصور قانوني كونه مؤسسة غير محكمة البناء، وغير مكتملة التكوين.

- فالأصل التجاري، مؤسسة قانونية غير محكمة البناء، لأنه ليس مجموعة قانونية من الأموال، مادام أن القانون لم يعترف به كذمة مالية مستقلة، ولم يجعل منه ضمانا خاصا للديون المتعلقة به.

- كذلك الأصل التجاري مؤسسة غير مكتملة التكوين، لأنه لا يشمل إلا على بعض عناصر المقاولة، بحيث لا يشمل كل الأصول (العقارات والديون) كما لا يتضمن خصوم المقاولة، ولا يشمل العقود بالرغم من الأهمية القصوى التي أصبحت تمثلها حاليا بالنسبة للمقاولات، لأنها في ظل الوضع التشريعي الحالي وعملا بمبدأ نسبية آثار العقد، هي عقود التاجر وليست عقود المقاولة، تتبعه و لا تتبع الأصل التجاري.

كل هذه العوامل جعلت مؤسسة الأصل التجاري تفشل في تمثيل المقاولة ككيان قانوني مكتمل، فالمشرع لم ينظر إليها في ذاتها وإنما ينظر إليها من خلال المقاول(التاجر)

---

1. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، الفقرة 614

بخلاف الشركة[1]، مع العلم أن التاجر ليس كل شيء في المقاولة حتى ننظر إليها من خلاله، فهو أحد مكوناتها فقط ينضاف إلى عناصر الإنتاج الأخرى (رأسمال يد عاملة وغيرهما) التي تتضافر لتحقيق نشاط المقاولة. وهذا يستوجب تعامل القانون مع هذه الأخيرة ككيان قانوني مستقل عن التاجر، له ذاتيته ومصالحه وحقوقه والتزاماته المستقلة عن التاجر، وهذا يستدعي تغيير النظرة للأصل التجاري عن طريق فك الإرتباط القائم بينه وبين التاجر، وإقامة ارتباط بينه وبين المقاولة في شموليتها[2]، وهذا وحده يمكن أن يجعل مؤسسة الأصل التجاري تتسع لتشمل كافة مكونات المقاولة، وتقوم من الناحية القانونية كضمان خاص لديونها فتتحقق المقاصد التي كانت وراء تصور مؤسسة الأصل التجاري.

الفقرة الثانية: خصائص الأصل التجاري

يمتاز الأصل التجاري بعدة خصائص منها:

أولا: الأصل التجاري مال منقول معنوي: الأصل التجاري عبارة عن مجموعة من الأموال المنقولة مادية ومعنوية، وهذا يعني استبعاد العقار من تكوين الأصل التجاري، ويترتب عن اعتبار الأصل التجاري منقول عدم خضوعه للقواعد القانونية التي تحكم العقار، كما يترتب عن اعتبار الأصل التجاري من الأموال المعنوية أنه لا يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[3]، لأن هذه القاعدة قاصرة على المنقولات المادية دون المعنوية، ولذلك إذا حصل بيع الأصل التجاري لشخصين على التعاقب فإن الأفضلية تكون للمشتري الذي سبق وأن قيد الأصل التجاري، دون أن يكون لمبدأ الحيازة دخل في حل هذا التزاحم.

ثانيا: الصفة التجارية للأصل التجاري: لنكون أمام أصل تجاري، فلابد أن يكون هذا الأخير معدا لممارسة التجارة (المادة 79 من م ت)، أما إذا كان المحل مخصصا لممارسة مهنة مدنية فلا يكتسب صفة الأصل التجاري حتى ولو تضمن اتصالا بالزبناء أو حق الكراء، كما هو الشأن بالنسبة لمكاتب المحامين والمهندسين وغيرها من المحلات التي تقوم بأعمال ذات طبيعة مدنية.

المطلب الثاني: عناصر الأصل التجاري

يتضح من خلال المادة 80 من مدونة التجارة، أن الأصل التجاري يتكون من مجموعة من العناصر، منها ما هو مادي ومنها ما هو معنوي، لكن نادرا ما تجتمع هذه العناصر كلها في محل تجاري معين، فمثلا بالنسبة لبعض الأنشطة التجارية قد يكون العنصر الأساسي المكون للأصل التجاري هو استغلال علامة تجارية أو صناعية معينة، وبالنسبة للبعض الآخر هو الحق في الكراء الذي يعطي للأصل التجاري سندا موقعيا هو

[1] على خلاف الشركة التي أصبح المشرع ينظر إليها ويتعامل معها كمنظومة تستدعي وضع الآليات التي تضمن استمرارها (قانون 95-17 المنظم لشركة المساهمة، وقانون 96-5 المنظم لباقي الشركات التجارية) – فإنه فيما يخص المقاولة الفردية فالنظرة التقليدية التي تحكمت في القانون التجاري الفرنسي لسنة 1807 هي التي ظلت متحكمة إلى الآن في القانون المغربي بما في ذلك مدونة التجارة الجديدة وهو ما أدى بنا إلى النظر إلى الأصل التجاري كملك من خلال التاجر فاعتبرته مالا منقولا معنويا يجري في ملكيته فانحصر بذلك التاجر وغيب المقاولة.

[2] فؤاد معلال – شركة الشخص الواحد بين البناء القانوني وواقع الممارسة التجارية، الإشعاع، العدد 23، يونيو 2001، ص 19.

[3] التي ينص عليها الفصل 456 من ق. ل. ع

السبب في جلب الزبائن، وقد يقتصر الأصل التجاري على العناصر المعنوية كما يقع غالبا في مكاتب السمسرة، والوكالة بالعمولة ووكالة الأعمال.

ومهما يكن فإنه يجب أن يتوفر على الأقل عنصري الزبائن والسمعة التجارية، باعتبارهما عنصرين إجباريين حسب ما تقضي به المادة 80 من م ت المشار إليها أعلاه، ولأنهما قوام الأصل التجاري وسبب وجوده كمؤسسة قانونية.

وحتى تتضح لنا هذه العناصر أكثر، سنتعرض لكل من العناصر المعنوية في (فقرة أولى)، ثم العناصر المعنوية في (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: العناصر المعنوية

تحتل العناصر المعنوية الدور الأكبر في تحديد قيمة الأصل التجاري ويقصد بها مجموع العناصر المنقولة غير المادية الموضوعة لخدمة الأصل التجاري.

وتتمثل هذه العناصر في رصيد التاجر من الزبائن، والسمعة التجارية، والاسم التجاري، والشعار وحق الكراء، وحقوق الملكية الصناعية، وحقوق الملكية الأدبية والرخص والإجازات وغيرها من العناصر، وهي تتفاوت من حيث الأهمية تبعا لنوع وطبيعة النشاط التجاري، وسنحاول شرح بعض هذه العناصر.

1- الزبائن والسمعة التجارية

- يقصد بالزبائن مجموع الأشخاص الذين يتعاملون مع أصل تجاري معين إما بصفة عارضة أو على سبيل الإعتياد، وذلك نتيجة ما يجدونه من رعاية من صاحب الأصل أو من خدمات وبضائع ورغبات يوفرها لهم الأصل التجاري. ويشكل رصيد التاجر من الزبائن، العنصر الأساسي في قيام الأصل التجاري، بل هو ركنه الذي تدور حوله باقي العناصر الأخرى، فبدون الزبائن لا يمكن أن يكون هناك تجارة[1].

ويجب للقول بوجود عنصر الزبائن أن يكون هؤلاء الآخرين خاصين بالأصل التجاري، أي أن يكونوا مرتبطين به مباشرة، أما إذا كان يستغل زبائن غيره فهو لا يكتسب الأصل التجاري لافتقاد عنصر الزبائن، كما هو الشأن بالنسبة للمحلات المستغلة داخل المراكز التجارية الكبرى مثلا (مرجان).

غير أن تعامل الزبناء مع محل تجاري معين لا يعني إطلاقا أن للتاجر حقا عليهم، فليس هناك ما من شأنه أن يلزم الزبناء من الإستمرار في التعامل مع محل تجاري معين فلهم كامل الحرية في الإستمرار أو التحول إلى غيره، ولذلك عليه أن يتحمل المنافسة المشروعة للغير الذي يتعاطى ذات التجارة[2]، وإن ترتب عن ذلك تحول الزبناء عنه[3]، ومع ذلك فإن القانون قد قرر حماية الملكية التجارية للتاجر من المنافسة الغير المشروعة.

[1] - YVES GUYON- DROIT DES AFFAIRES - T1 : DROIT COMMERCIAL GENERAL ET SOCIETES ECONOMICA- PARIS 1996 : N° 690

[2] - سميحة القليوبي، تأجير استغلال المحل التجاري، ص 26

[3] - أكثم الخولي، قانون التجارة اللبناني الجزء الأول 1966 فقرة 337.

- يكتسب التاجر رصيدا مهما من الزبائن بفضل السمعة التجارية التي يتمتع بها محله التجاري، فهناك إذن ارتباط وثيق بين السمعة التجارية وعنصر رصيد التاجر من الزبائن بحيث يصعب التمييز بينهما.

ومع ذلك عمد بعض الفقه إلى التمييز بين هذين العنصرين، بحيث يرى أن الإتصال بالزبناء يعتمد على صفات تتوفر في شخص التاجر نفسه مما جعل الزبناء يرتبطون به للإستعانة بخدماته كصفة المعاملة والثقة والأمانة[1]، في حين أن السمعة التجارية تعتمد على صفات تكمن في المحل التجاري ذاته ومن خلالها يتم إقبال الجمهور عليه، كموقع المحل إذا كان في وسط المدينة أو بالقرب من محطة نقل أو بسبب اسمه أو علامته أو شعاره، وغيرها من الصفات ذات القدرة على اجتذاب الزبناء[2] العرضيين بالإضافة إلى الزبناء القارين مثلا (سلسلة من الفنادق تتمتع بسمعة جيدة ويكون لها القدرة على جلب الزبناء الذين لم يتعاملون معها من قبل).

وعلى كل فإن الواقع العملي يفيد أن كل منهما يكمل الآخر لتحقيق هدف واحد، ألا وهو المحافظة على استمرار و إقبال الزبائن على المحل التجاري نتيجة تجميع مزايا كل من عنصر الإتصال بالزبائن وحسن معاملتهم[3].

ثانيا: الحق في الكراء

غالبا ما يمارس التاجر أو الصانع نشاطه في عقار لا يملكه وإنما يكتريه، والحق في الكراء يقصد به أحقية استمرار المكتري في الإنتفاع بالمكان الذي اكتراه لأجل ممارسة نشاطه التجاري أو الصناعي، والذي اعتاد الزبائن – باعتبارهم عنصرا أساسيا في الأصل التجاري- أن يترددوا عليه. بحيث أن الحفاظ على عنصر الزبائن يتطلب الحفاظ على المحل التجاري.

ونتيجة لهذا الارتباط القائم بين العنصرين فإن المشرع قد اعترف للتاجر بالحق في الإيجار وحمى هذا الحق، بحيث خول للتاجر المكتري حسن النية الحق في تجديد عقد الكراء أو الحصول على التعويض في حالة رفض التجديد من قبل المكري، والتعويض يكون عن الضرر المتمثل في فقده رصيده من الزبائن.

والحق في الإيجار لا يتوفر أحيانا كما لو كان التاجر يتعاطى نشاطا تجاريا في عقار يملكه فنكون أمام أصل تجاري دون عنصر الحق في الكراء.

ثالثا: العنوان التجاري

يقصد بالإسم التجاري أو العنوان التجاري التسمية التي يختارها التاجر لمحله التجاري لتمييزه عن غيره من المحلات المماثلة ليسهل التعرف عليها من قبل زبنائه، وعادة ما يظهر على مطبوعاته وعلى فروع المحل ويعتمده في التوقيع في معاملاته مع الغير.

1. محسن شفيق، القانون التجاري ج 1 القاهرة 1966، فقرة 333.
2. حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، فقرة 52 .
3. محسن شفيق المرجع السابق فقرة 334، مصطفى كمال طه، القانون التجاري، طبعة 1990، ص 550.

ويحصل كثيرا أن يكون الإسم التجاري قاصرا على اسم مالك الأصل التجاري إلا أن ذلك لا يعني اختلاط الاسم المدني بالاسم التجاري، بل يبقى كل منهما متميزا عن الآخر. فاسم صاحب الأصل التجاري لا يجوز التصرف فيه في حين يصبح الإسم التجاري حقا ماليا يجوز التصرف فيه تبعا للتصرف في الأصل التجاري، غير انه على المالك الجديد أن يضيف إليه ما يفيد التعاقب او التفويت (المادة 71).

وإذا تعلق الأمر بالشركة، فإن الإسم التجاري يستمد من الغرض الذي أنشئت من أجله، أو من اسم مبتكر، ويمكن أن يضاف إليه اسم واحد أو أكثر من الشركاء إذا ما كان الأمر يتعلق بشركات الأشخاص، ويجب أن يكون الاسم متبوعا أو مسبوق بعبارة تدل على نوع الشركة.

ويجب على التاجر أن يسجل عنوانه التجاري في السجل التجاري، وأن يشهره في إحدى جرائد الإعلانات القانونية، وذلك حتى يكتسب الحماية الخاصة يقررها القانون، إذ لا يجوز لتاجر أخر أن يستعمله (المادة 70).

رابعا: الشعار

يقصد به تلك العلامة أو الرمز أو الإشارة المبتكرة، التي يضعها التاجر على منتجاته بقصد تمييزها عن غيرها من المنتجات المماثلة[1]. والشعار* أو العلامة التجارية تظل من اختيار التاجر أو الصانع حسب ما يراه مناسبا لنوعية العمل التجاري أو الصناعي الذي يزاوله كما أنه ليس إلزاميا بالنسبة للتاجر، لكنه إذا اتخذه فإنه يعتبر عنصرا من عناصر الأصل التجاري، يمكن أن ترد عليه التصرفات القانونية، كما يتمتع بنفس الحماية المقررة للعنوان التجاري[2].

خامسا: حقوق الملكية الصناعية

وتشتمل هذه الحقوق على:

- براءات الإختراع: وهي عبارة عن شهادة تمنح عن كل ابتكار جديد قابل للإستغلال الصناعي، سواء كان خاصا بمنتجات جديدة أو تطبيق جديد لوسائل معروفة من قبل، أو بوسائل صناعية مستحدثة.
- الرسوم والنماذج الصناعية: وهي مبتكرات جديدة ذات طابع فني من خلالها يمكن أ ن نفرق بين منتجات صناعية متعددة. **والمقصود بالرسوم**، مزج من الخطوط والألوان تطبع المنتجات الصناعية، **أما النماذج** فهي القالب أو الأشكال التي توضع فيها المنتجات وتعتبر من قبيل النموذج الصناعي الشكل الخارجي للأواني والسيارات أو الأحذية....
- العلامات التجارية: وتسمى أيضا بعلامات الصنع، ويقصد بها كل إشارة يطبعها التاجر على المنتجات التي يبيعها بقصد تمييزها عن غيرها من

1. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 41.
2. محكمة الاستئناف التجارية بفاس، القرار رقم 1796، بتاريخ 06-12-2006، في الملف عدد 1963/2006، قرارات محكمة الاستئناف التجارية بفاس لسنتي 2006/2007، موزعة على قرص مضغوط.

المنتجات المماثلة، وهي تكون عبارة عن اسم مميز، أو رموز، أو دمغات أو طوابع أو حروف وأرقام ونقوش بارزة.

ومن خلال هذا يتضح إذن بأن العلامة التجارية أو الصناعية تظل من اختيار التاجر أو الصانع وذلك حسب ما يراه مناسبا لنوعية العمل التجاري أو الصناعي الذي يزاوله.

وهذه الحقوق جميعا تقبل التصرف فيها مستقلة عن باقي عناصر الأصل التجاري الأخرى، وفي حالة إجراء تصرف قانوني عليها ضمن الأصل التجاري فيجب النص على ذلك في العقد مع تسجيل ذلك التصرف في السجل التجاري الخاص بالحق محل التصرف الممسوك من قبل مكتب الملكية الصناعية والتجارية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي يوفر حماية قانونية لتلك الحقوق متى قام صاحبها بإيداعها وتسجيلها لدى المكتب المغربي للملكية الصناعية.

خامسا: حقوق الملكية الأدبية والفنية

- هي حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية، وهي ذات أهمية بالغة بالنسبة لبعض الأصول التجارية، كما لو كان الأصل التجاري عبارة عن دار للنشر، ذلك أن الناشر وهو يتولى استغلال دار النشر يقوم بشراء حقوق المؤلفين على إنتاجهم الأدبي والذهني، والتي يحولها إلى مؤلفات وبيعها بقصد تحقيق الربح. وبدون تلك الحقوق تصبح دار النشر مجموعة من أدوات وآلات ليست لها أهمية ومن ثم فإن كل تصرف يرد على المتجر أو الأصل التجاري، فإنه يشمل الحقوق الملكية الأدبية والفنية.

الفقرة الثانية: العناصر المادية

يتكون الأصل التجاري من مجموعة عناصر مادية، كالبضائع والأدوات والمعدات، وهي أشياء منقولة، أما العقارات فلا تدخل في تلك العناصر، بحيث إنه إذا كان التاجر مالكا للعقار الذي يستغل فيه أصله التجاري فإنه يبقى مالكا له إذا باع ذلك الأصل، ما لم ينص العقد على شمول البيع للعقار، في هذه الحالة نكون أمام عقدين للبيع، عقد بيع العقار وما يستلزمه من تسجيل لهذا العقد لنقل الملكية، وعقد بيع الأصل التجاري تسري عليه أحكام المنقول.

الفقرة الأولى: المعدات والأدوات

يقصد بالمعدات، الوسائل والأدوات المنقولة التي يستخدمها عادة التاجر لأجل استغلال الأصل التجاري، على أن لا تكون معدة للبيع، كآلات المصنع التي تستخدم في صنع المنتجات، وتجهيزات المطاعم أو المقاهي، والأثاث المستعمل في التجارة، كالمكاتب والمقاعد، والرفوف والموازين وغيرها، مما يدخل فيما يسمى بتجهيزات الأصل التجاري.

وللتمييز بين ما يعد من البضائع وما يعتبر من المعدات ينبغي تحديد ما إذا كان الشيء أعد للإستعانة به لاستغلال الأصل التجاري، أو من أجل عرضه للبيع، بمعنى أن ضابط التفرقة بينهما يكمن في الغرض الذي يخصص له كل واحد منهما بصرف النظر عن طبيعته، وتتجسد أهمية التفرقة بين المعدات والبضائع في كون المعدات دون البضائع هي التي تكون محلا للرهن نظرا لكونها عنصر من عناصر الأصل التجاري

وتختلف أهمية هذه العناصر حسب نوع الأصل التجاري، فهي تكتسي أهمية كبيرة بالنسبة للمصانع أو لشركات النقل، وقد لا تكون لها إلا قيمة ثانوية (المحلات التجارية بمعناها الضيق) أو لا تكون لها أية قيمة (السمسرة والوكالة بالعمولة).

الفقرة الثانية: البضائع

تعد من قبل البضائع كافة السلع المنقولة المعروضة للبيع سواء أكانت مصنعة، أو مواد أولية، والتي ينصب عليها التعامل في الأصل التجاري أو معدة للكراء[1].

ولا تدخل البضائع بمفرداتها في تكوين الأصل التجاري، وإنما تشكل مع البضائع المخزونة وحدة قائمة بذاتها كعنصر من عناصر الأصل التجاري.

ولما كانت البضائع معدة لأجل البيع، فهي قابلة للزيادة أو النقصان تبعا لنشاط الأصل التجاري، لذلك لا يرد عليها الرهن كأحد عناصر الأصل التجاري، لأن رهنها يقتضي نقل حيازتها إلى الدائن المرتهن باعتبارها منقولات، وفي هذا تعطيل للمؤسسة من الإستمرار في مزاولة نشاطها[2].

ومع ذلك يجوز لصاحب الأصل التجاري التصرف في البضائع كلها أو بعضها مستقلة عن الأصل التجاري، فيمكن أن يبيعها لوحدها أو يحتفظ بها ويفوت الأصل التجاري من دونها، كما يمكنه التخلي عن حيازتها للدائن المرتهن وفقا لما تقتضي به القواعد العامة، رغم ما سيكون لذلك من تأثير على تجارته.

المبحث الثاني: أهم العقود الواردة على الأصل التجاري

تتمثل هذه العقود في بيع الأصل التجاري، ورهنه، وتقديمه حصة في شركة، ثم التسيير الحر، وسوف نتوقف عند كل عقد من هذه العقود بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: بيع الأصل التجاري

نظم المشرع بيع الأصل التجاري بشكل واف في مدونة التجارة الجديدة، (المواد 81 إلى 103)، بالإضافة إلى الأحكام العامة الواردة في ق.ل.ع. (الفصول 478 إلى 618)، ويرجع السبب في ذلك إلى ضرورة حماية البائع نفسه و ضمان استيفائه لثمن البيع، وضمان حقوق المشتري لكي لا ينخدع في الثمن، وأخيرا ضمان حقوق دائني البائع لكي لا يلجأ هذا الأخير إلى بيع أصله التجاري دون علمهم فيضيع عليهم الضمان الوحيد لحقوقهم[3].

ونظرا للأهمية التي تكتسيها هذه العملية، فإننا سنتطرق لشروط البيع و كذلك الآثار المترتبة عنه.

1- كما لو كان المحل يزاول فيه صاحبه تأجير أو كراء المنقولات، انظر سميحة القليوبي
2- وهو ما أكده المشرع في المادة 107 من مدونة التجارة بقوله: "لا يجوز أن يشمل رهن الأصل التجاري سوى العناصر المحددة في المادة 80 باستثناء البضائع"
3- محمد الهيدي، بيع الأصل التجاري، مجلة المحاكم المغربية، عدد 81، ص 68.

الفقرة الأولى: شروط بيع الأصل التجاري

يشترط في بيع الأصل التجاري، توفر الأركان العامة للتعاقد، بالإضافة إلى شروط خاصة شكلية.

أولا: الأركان العامة(الشروط الموضوعية)

كأي عقد بيع آخر، فإن عقد بيع الأصل التجاري لكي ينعقد لا بد من توفر الأركان العامة للتعاقد، وهي:

- الأهلية التجارية في طرفي العقد معا، لأن البائع تاجر والمشتري تاجر مستقبلي.
- السبب ويجب أن يكون موجودا و مشروعا وغير مخالف للنظام العام.
- رضا الطرفين، ويشترط أن يكون ذلك الرضا سليما وخاليا من كل عيب من عيوب الإرادة التي هي الغلط والتدليس والإكراه.

ولما كان الأصل التجاري مال معنوي يتكون من مجموعة من العناصر، منها ما هو غير حسي، مثل عنصر الزبائن أو السمعة، فإنه من المحتمل أن يقع المشتري في الغلط حيث يتصور تصورا غير مطابق للواقع سواء عن حجم الزبائن أو رقم الأعمال، كما أنه قد يتم إيقاعه في ذلك من قبل البائع، أو شخص يعمل لحسابه(التدليس)، لذلك فإن المشرع المغربي تأكيدا للقاعدة العامة، قد أعطى للمشتري الحق في أن يطلب إبطال البيع، أو إنقاص الثمن خلال سنة من تاريخ العقد، إذا كانت البيانات المذكورة في هذا الأخير غير صحيحة، شريطة إثبات تضرره من ذلك (المادة 82 من المدونة).

- المحل، يجب أن يكون موجودا، أي أن ينصب البيع على أصل تجاري قائم وإلا كان العقد باطلا لانعدام المحل. ولما كان عنصر الزبناء عنصرا مهما في المبيع، فإن غياب هذا العنصر يجعل البيع ينصب على شيء غير موجود، فيكون العقد باطلا لانعدام محله. ويجب تحديد العناصر التي يشملها البيع سواء العناصر المادية أو المعنوية،
- وإذا كان الأصل التجاري يشمل أحد العناصر التي تخضع لقواعد تفويت خاصة، مثل حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية، فإنه يجب مراعاة تلك القواعد في بيعه. ويجب تثبيتها كتابة تحت طائلة البطلان (المادة 56 من قانون الملكية الصناعية بالنسبة لبراءة الاختراع).
- و يجب أن يتم تحديد ثمن بيع الأصل التجاري، وينبغي أن يكون جديا وحقيقيا، ويجب تمييز ثمن العناصر المعنوية والبضائع والمعدات كل على حدة عند تحديد ثمن البيع (المادة 81)، وفي حالة عدم تحديد ثمن العناصر يحق للمشتري المطالبة بإبطال العقد داخل ستة أشهر من تاريخ البيع شريطة إثبات تضرره من جراء عدم التحديد ذاك (المادة 82).

ثانيا : الشروط الشكلية

هذه الشروط هي الكتابة والشهر:

1- الكتابة:تطلب المشرع المغربي أن يتم بيع الأصل التجاري بمقتضى عقد مكتوب، رسمي أو عرفي، ويجب أن يتضمن هذا العقد مجموعة من البيانات حددها المشرع كالتالي:

- اسم البائع
- تاريخ البيع
- ثمن البيع مع تمييز ثمن كل عنصر على حدة
- الامتيازات و الرهون الواقعة على الأصل
- في حالة اشتمال البيع على الحق في الإيجار، بيان تاريخ الكراء ومدته ومبلغ وجيبته الحالية واسم وعنوان المكري.
- مصدر ملكية الأصل التجاري المبيع.

فإذا لم يشتمل العقد على أحد هذه البيانات أو كانت البيانات الواردة فيه غير صحيحة جاز للمشتري طلب التصريح بإبطاله إذا تضرر من ذلك (المادة 82 من م ت).

2- شهر البيع:

بالإضافة إلى شرط الكتابة يجب على البائع أن يقوم بشهر عقد بيع الأصل التجاري، ويتحقق ذلك بتسجيله في مصلحة التسجيل من أجل أداء رسوم القانونية، وبعد ذلك يجب إيداع نسخة أو نظير من العقد الرسمي أو العرفي لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة بمسك السجل التجاري التي يوجد بدائرتها المركز الرئيسي للأصل التجاري داخل أجل 15 يوما من تاريخ البيع وبعد ذلك يتم تقييد مستخرج من ذلك العقد في السجل التجاري (المادة 83 /1).

ولا تعتبر عملية الشهر تامة إلا بقيام كاتب الضبط بنشر المستخرج المقيد بالسجل التجاري بكامله وبدون أجل في الجريدة الرسمية وفي إحدى جرائد الإعلانات القانونية التي تصدر في المنطقة التي يوجد فيها مقر الأصل التجاري أو مركزه الرئيسي على نفقة الأطراف ومعاودة المشتري لعملية النشر هذه بين اليوم 8 و15 من النشر الأول (المادة 83/ 4 و 5).

ولعل الهدف من هذه عملية الشهر هذه هو:

- إحاطة دائني البائع علما بالبيع لكي لا ينفلت أصله التجاري منهم فيحرمهم من الضمانة الأهم لديونهم.
- إحاطة دائني المشتري علما بالحقوق التي يثبت للبائع في ذمة مدينهم، وذلك حتى لا تبقى ملكية الأصل التجاري الذي تم نقلها مثقلة بديون البائع التي تتمتع بحق الامتياز.

كليا أعمال تجارية تخضع للقانون التجاري، أما غير ذلك من الأعمال الزراعية والمهن الحرة والإنتاج الفكري فتخرج عن هذا الإطار وتعتبر أعمالا مدنية تخضع للقانون المدني وبعض القوانين الخاصة الأخرى.

والملاحظ أن الإتجاه يسير في القوانين المقارنة نحو التوسيع أكثر من نطاق العمل التجاري، إذ أن العديد من الأنشطة الإقتصادية التي كانت تعتبر أعمالا مدنية تم إلحاقها بالعمل التجاري وأصبحت تخضع للقانون التجاري وهو ما تفتحت عليه مدونة التجارة الجديدة كما سنرى فيما بعد.

12

المبحث الثاني : خصائص التجارة ومميزات القانون التجاري

أولا: خصائص التجارة

1- اعتماد التجارة على السرعة:

على خلاف الأعمال المدنية التي تتسم بالبطء والإستقرار النسبي إذ نادرا ما يجري المتعاملون فيها عمليات مهمة، (زواج ، طلاق، بيع، كراء) فإن العمل التجاري يتسم بالسرعة والتكرار فكلما تكررت العمليات التجارية بسرعة كلما تحقق الأرباح أكثر، ومن تم جاء تزايد اعتماد التجارة على الإشهار والدعاية للمنتجات في الوقت الحالي، ومن مظاهر هذه السرعة انه في كثير من الأحيان تباع السلع قبل شرائها وعند شرائها تسلم من البائع الأول إلى المشتري الثاني . كما أن ضغط السرعة جعل التجار يعتمدون في الوقت الحاضر على تقنيات الإتصال السريعة من هاتف وفاكس وتلكس وحاليا البريد الإلكتروني(الإنترنيت) لإبرام صفقاتهم التجارية.

وقد فرضت ميزة السرعة التي تتم بها العمليات التجارية قواعد خاصة تتماشى وطبيعة النشاط التجاري، قواعد تتسم بالمرونة وتتجرد من الشكلية التي تتصف بها قواعد القانون المدني، ومن بين هذه القواعد:

- <u>**حرية الإثبات:**</u> إذا كانت القاعدة العامة في القانون المدني هي وجوب الإثبات الكتابي في التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على 250 درهم أو يكون غير محدد القيمة(الفصل 443 من ق ل ع) وعلى العكس من ذلك يجوز إثبات التصرف القانوني إذا كان تجاريا بشهادة الشهود والقرائن والفواتير والدفاتر التجارية وبكافة طرق الإثبات حتى ولو زادت قيمة التصرف على مبلغ 250 درهم، وهو ما أشار إليه الفصل (448 من ق ل ع) وهو ما أكدته المادة 334 من مدونة التجارة الجديدة إذ نصت على أنه "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات، غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الإتفاق على ذلك".

غير أن مبدأ حرية الإثبات الذي كرسته معظم التشريعات قد عرف نوعا من التراجع، ذلك أن المشرع نفسه كثيرا ما يتطلب في بعض العقود التجارية الإثبات عن طريق بالكتابة

كما فعل مثلا بالنسبة لبيع الأصل التجاري (المادة 81 من مدونة التجارة) وتقديمه حصة في شركة (المادة 104) ورهنه (المادة 108)[1].

- <u>**السرعة للفصل في المنازعات التجارية:**</u> بحيث أصبحت الكثير من التشريعات تعمل على تشجيع التحكيم[2] في القضايا التجارية لما يتميز به من سرعة في الفصل في القضايا التجارية، كما تم إرساء نظام القضاء التجاري المختص[3] يقوم على تبسيط الإجراءات لأجل الفصل السريع في القضايا التجارية المعروضة عليه.

2- **الإئتمان:** هو التنازل عن مال حاضر مقابل الحصول على مال مستقبل ويعتبر أساس كل تجارة ويقصد به منح المدين أجل للوفاء فالتاجر يشتري البضاعة دون أن يتمكن من بيعها في الحال وبالتالي دفع ثمنها على الفور، لذلك يضطر البائع إلى أن يمنحه الإئتمان أي أن يخول له أجل للوفاء بالتزاماته، وهكذا فالتاجر يشتري ويبيع البضائع بالأجل في أغلب الأحيان وإذا لم يتيسر له الحصول على الأجل من البائع فإنه يلجأ إلى البنوك ليقترض منه ما يحتاج إليه من الأموال، وهكذا تقوم بين التجار علاقات مالية متشابكة أساسها الإئتمان بحيث يصبح كل واحد منهم دائن ومدين في نفس الوقت[4] ،ومن تم يترتب على تخلف تاجر عن الوفاء بديونه تخلف تجار آخرين بديونهم.

ونظرا للأهمية التي يحتلها الإئتمان في الميدان التجاري، عمدت قواعد القانون التجاري إلى دعمه عن طريق الزيادة في ضمانات الدائن وتوقيع الجزاءات الرادعة على المدين المقصر من خلال شدة نظام الإفلاس.

3- **الثقة:** تعتبر أساس المعاملات التجارية، وعنصرا مهما يستند إليه التجار في القيام بمعاملاتهم التجارية، فغالبا ما يقوم التجار ببيع البضائع التي اشتروها قبل استلامها وذلك بناء على الثقة التي تسود بينهم ،وكذلك بينهم وبين زبنائهم.

ونظرا لما تحتله الثقة من مكانة مهمة في المعاملات التجارية، فقد ذهب بعض الفقه إلى تعريف الإئتمان بأنه تلك الثقة التي يمنحها الدائن للمدين.

ثانيا: مميزات القانون التجاري

1- على الرغم من كون القانون التجاري يستند في كثير من مواضعه إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للعلاقات المالية الخاصة، وبالرغم من التقارب بين القانونين، فإن القانون التجاري كثيرا ما يعطي حلولا مختلفة عن تلك التي يعطيها القانون المدني، في كثير من الأوضاع القانونية المتماثلة،وتتجلى أبرز مظاهر هذا الإختلاف في الأمور التالية:

1- وكذلك فعل بالنسبة لإنشاء الشركات التجارية باستثناء شركة المحاصة (المادة 11 من القانون المنظم لشركات المساهمة والمادة 1 - فقرة 2 - من القانون المنظم لباقي الشركات)

2- انظر ما سيأتي في الصفحة 13

3- وقد أصبح المغرب يأخذ بنظام القضاء التجاري بمقتضى القانون رقم 95-53 بتاريخ 12 فبراير 1997 بشأن إحداث محاكم تجارية، الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997، ص 1141. كما تم بالموازاة مع ذلك إحداث غرفة تجارية بالمجلس الأعلى

4- وتتعدد وسائل وتقنيات الائتمان التجاري، وأهمها: القروض – والإنجاز الائتماني – والخصم – والكمبيالة ...

- الكراء التجاري والكراء المدني

ففي الكراء المدني حيث يكون لشخص المكتري اعتبار في نظر المكري فإنه لا يجوز تحويل المحل المكري إلى غير الغرض الذي خصص له في عقد الكراء ، فمثلا إذا تم تأجير العين للسكنى فإنه لا يمكن استعمالها لمزاولة نشاط مهني ، بخلاف الوضع في الكراء التجاري حيث يمكن للتاجر أن يمدد تجارته إلى نشاط مقارب كما لو كان يستغل المحل كمطبعة فأضاف على ذلك بيع الكتب والتجهيزات المكتبية بل أكثر من ذلك يمكن لمكتري المحل التجاري أن يغير نشاطه دون حاجة للحصول على موافقة المكري ، كما أن المكري في الكراء المدني يمكنه أن ينهي عقد الكراء عند انتهاء المدة المتفق عليها دون أن يلزمه ذلك بالتعويض ، عكس الكراء التجاري حيث بانتهاء مدة العقد إما أن يقبل المكري تجديده أو أن يكون ملزما بتعويض المكتري عن الضرر الذي يلحقه والذي يتجسد في فقد عدد كبير من زبنائه.

- التضامن

من المبادئ المقررة في القانون المدني أنه لا يفترض التضامن بين المدينين في مجال الأعمال المدنية، وإنما يكون بناء على اتفاق سابق أو نص في القانون (الفصل164 من ق ل ع)، أما في الميدان التجاري فإن المشرع اعتبر التجار المدينين بالتزام تجاري متضامنين في ذلك الالتزام، (المادة 335 من مدونة التجارة) لكن هذا المبدأ ليس من النظام العام بحيث يمكن الإتفاق على عدم إعماله كما انه لا يجري العمل به إذا نص القانون على ذلك (المادة 165 من مدونة التجارة).

- المهلة القضائية للمدين

. إن القانون يجيز للقاضي استثناء في مجال الأعمال المدنية تطبيق نظرة الميسرة [1]،أي أن يمنح للمدين أجالا للوفاء بالتزامه مراعاة لمركزه (الفصل 243 من ق ل ع) و هو ما لا يجوز مبدئيا في الديون التجارية ، ذلك أن ميعاد الوفاء له أهمية خاصة بالنسبة للدائن التاجر ، بما فيه من إضاعة لفرص الربح، وتأخير وفائه هو الآخر بديونه التجارية، مما قد يعرضه للإفلاس.

- الانذار

يقصد بالإنذار دعوة الدائن مدينه بأن ينفذ التزامه في أجل معلوم، فإذا كان الإلتزام مدنيا فإن الدائن يوجه الإنذار كتابة إلى مدينه يدعوه فيه إلى تنفيذ التزامه وقد يكون الإنذار في شكل برقية أو رسالة مضمونة أو عن طريق المطالبة القضائية (الفصل 600 من ق ل ع)، أما في المعاملات التجارية فيكفي الإنذار بإخطار شفوي أو برسالة عادية أو الهاتف وذلك نظرا لما تقتضيه التجارة من سرعة في إجراء المعاملات التجارية.

[1] - قد أخذت مدونة التجارة بنظام شبيه بنظام نظرة الميسرة في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاولة إذ نصت في المادة 556: "عند إبرام اتفاق مع جميع الدائنين يصادق عليه رئيس المحكمة المختصة، ويودع بكتابة الضبط. إذا تم إبرام اتفاق مع الدائنين الرئيسيين يمكن لرئيس المحكمة المختصة أن يصادق عليه أيضا، وأن يمنح المدين آجال الأداء الواردة في النصوص الجاري بها العمل فيما يخص الديون التي لم يشملها الاتفاق".

- سعر الفائدة

ينص الفصل 870 من ق ل على اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد، إلا أن الفصل 871 يسمح به فيما بين التجار دون اشتراط ، وتعين الفائدة بالإتفاق بين المتعاقدين ويجب أن لا تتجاوز الحد القانوني الذي هو % 10 - وتستثنى من هذا التحديد الفوائد البنكية لكونها تخضع لقانون العرض والطلب. وتحتسب الفائدة على أساس سنة كاملة وكل اتفاق مخالف يعتبر باطلا إذا كان الغرض مدنيا، أما إذا كان الغرض تجاريا فيجوز احتسابها بالشهر(الفصل 873 من ق ل ع).

وخلاصة القول فإن هناك العديد من الأنظمة والقواعد القانونية التي تحكم النشاط التجاري ولا تحكم المعاملات المدنية، أو أنها تتميز في كيفية تنظيمها للجانب التجاري عن الجانب المدني، وهو ما من شأنه أن يساعد على التمييز بين ما هو من قبيل الأعمال ذات الصيغة المدنية أو التجارية.

كما يستعمل القانون التجاري أغلب تقنيات القانون المدني، وعلى رأسها قانون الالتزامات والعقود، لكن لما كان الغرض الذي يسعى إليه التجار مختلف عن الغرض الذي يسعى إليه الأشخاص العاديون في معاملاتهم المالية، فإن القانون التجاري قد طور بعض التقنيات الخاصة به، ومن هذه التقنيات:

- **إعطاؤه أهمية كبيرة للشكلية**:قد أصبح القانون التجاري أكثر شكلية من القانون المدني بحيث اتسع التعامل بالعقود النموذجية، وهي مطبوعات معدة مسبقا لكل نوع من أنواع العمليات التجارية، وهي التقنية الشائعة في العمل البنكي ، والتأمين والنقل ونظرا لوضوح هذه النماذج ولكونها تسهل المبادلات، وتدعم سلامتها.

- **اعتماده على الشهر**: فالقانون التجاري أخضع الكثير من أوجه أعمال الشركات إلى الشهر عن طريق التسجيل في السجل التجاري، ونفس الشيء بالنسبة للتصرفات الواقعة على الأصل التجاري، واستعمال هذه التقنية الهدف منها حماية حقوق الأغيار وحماية الاقتصاد الوطني.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون التجاري

إذا كان القانون التجاري يتمتع بذاتية مستقلة عن القانون المدني، فإنه يتعين تحديد نطاق تطبيق قواعده، وذلك حتى تتضح لنا الحدود الفاصلة بينه وبين القانون المدني، وقد تردد الفقه أثناء بحثه مسألة تحديد نطاق القانون التجاري بين نظريتين هما: النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية أو المادية[1].

أولا: النظرية الشخصية:

فحسب هذه النظرية يعد احتراف التجارة أساسا لتطبيق أحكام القانون التجاري، وبالتالي فغير التجار لا يخضعون لأحكامه حتى ولو قاموا بأعمال تجارية، فالقانون التجاري حسب هذه النظرية هو قانون محترفي التجارة أي طائفة التجار، لذلك فهو لا يهتم بطبيعة العمل وإنما بشخص القائم به.

[1] - أكثم الخولي- قانون التجارة اللبناني- الجزء الأول- 1966- ص 5 – مصطفى كمال طه- القانون التجاري- طبعة 1981- فقرة 23

الفقرة الثانية: آثار بيع الأصل التجاري

ينتج عن عقد بيع الأصل التجاري آثارا في مواجهة أطرافه من جهة، وفي مواجهة دائني البائع من جهة أخرى.

أولا: بالنسبة لدائني البائع

يشكل الأصل التجاري الضمانة الأهم لديون دائني البائع، لذلك فإن المشرع أعطى لهؤلاء الحق في ممارسة حقين: حق التعرض على دفع ثمن البيع إلى البائع، وحق كسر ثمن البيع وطلب إجراء مزايدة علنية له.

أ- **حق التعرض:** لقد منح القانون لكل دائن للبائع الحق في أن يتعرض على دفع ثمن البيع له (المادة 84 من م ت)، ولا يهم من تم إذا كان الدين يتعلق باستغلال الأصل التجاري أو يتعلق بدين مدني، ويتم ذلك بتوجيه رسالة مضمونة إلى كتابة ضبط المحكمة التي تم فيها تسجيل البيع وشهره، أو بإيداع التعرض لدى تلك المحكمة مقابل وصل، وذلك خلال 15 يوما من تاريخ آخر عملية نشر، ويجب أن يشار في الطلب إلى مبلغ الدين وأسبابه مع تعيين محل المخابرة في دائرة نفوذ نفس المحكمة تحت طائلة بطلان التعرض(المادة 84 من م ت)

وينتج عن التعرض:

- منع البائع من قبض الثمن المودع الذي يخصص لاستيفاء الديون المتعرض بشأنها، حيث يجري توزيعه بين الدائنين المتعرضين إما بالتراضي وإما طبقا للمسطرة المحددة قانونا (المواد 143 إلى 151 من م ت).

- وإذا تم دفع الثمن للبائع من دون معاودة عملية النشر، أو قبل انصرام أجل التعرض، فإن ذلك الأداء لا يكون نافذا في مواجهة الدائنين، إذ لا تبرأ ذمة المشتري تجاه الأغيار، حيث يظل ملزما بالثمن المصرح به أمام دائني البائع[1]. غير أنه يمكن لهذا الأخير أن يطلب الإذن من رئيس المحكمة لقبض الثمن، مقابل إيداع المبلغ اللازم لتسديد الديون المتعرض بشأنها لدى كتابة ضبط المحكمة، وذلك بعد انصرام أجل 10 أيام على الأجل المحدد للتعرض(المادة 85من م ت).

ولا يمنح القاضي الإذن المطلوب إلا بعد تقديم المشتري المدخل في الدعوى تصريحا يسجل تحت مسؤوليته الشخصية بعدم وجود دائنين آخرين قدموا تعرضا غير الذين بوشرت المسطرة ضدهم (المادة 87 من م ت).

ب - **حق كسر الثمن وإجراء المزايدة بالسدس**

إذا تبين لدائني البائع المتعرضين، أن الثمن المعلن عنه غير كاف لتسديد مطالبهم أو أنه يقل عن القيمة الحقيقية للأصل التجاري، جاز لهم أن يعترضوا على ذلك الثمن ويطلبوا إعادة إجراء البيع رضائيا[2]، عن طريق المزايدة العلنية مع زيادة نسبة السدس(1/6) على الثمن الرئيسي للأصل التجاري دون أن يشمل البضائع والمعدات.

---

[1] محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، القرار رقم 52 بتاريخ 1999/02/09، في الملف رقم 98/148، مجلة المحاكم المغربية عدد 88، ص 172.

[2] أما إذا تم البيع قضائيا بالمزاد العلني، فلا تقبل أية زيادة بالسدس (المادة 121 من مدونة التجارة).

ويجري المزاد بمشاركة الأشخاص الذين يودعون بين يدي كاتب الضبط الذي يشرف على البيع مبلغا لا يقل عن نصف الثمن الكلي للبيع الأول ولا عن جزء ثمن البيع نفسه المشترط أداؤه ناجزا بإضافة الزيادة عليه (المادة 96 من م ت). ويجري المزاد بعد إضافة السدس وفق الشروط والآجال المقررة للبيع الذي طرأت عليه هذه الزيادة (المادة 97 من م ت).

وإذا نجح المزاد انتقلت حقوق الدائنين المتعرضين إلى المبلغ الذي رسا عليه، وإذا لم ينجح تحمل المعترض مصاريف إجرائه بالإضافة إلى سدس الثمن الذي التزم به كزيادة.

ثانيا- آثار بيع الأصل التجاري بالنسبة للبائع

يترتب عن بيع الأصل التجاري مجموعة آثار بالنسبة للبائع، يتعلق بعضها بحقوق يقررها له القانون، وبعضها الآخر بالتزامات يرتبها عليه.

أ- حقوق البائع

حتى يتمكن البائع من تحصيل حقه واستيفاء ثمن بيع الأصل التجاري، فإن المشرع وفر له ضمانتين، هما:

- **حق الامتياز على ثمن البيع**، ومفاد هذا الحق أن يتقدم البائع على جميع دائني المشتري لتحصيل ثمن البيع أو ما تبقى منه من ثمن الأصل التجاري المبيع، وفي حالة بيع هذا الأخير من جديد، فإن حق الامتياز الممنوح للبائع يخول له حق تتبع الأصل التجاري في أي يد وجد حتى يستوفي حقه.

ويشترط لاستفادة البائع من هذا الحق حسب المادتان 91 و 92 من المدونة الجديدة أن:

1- يقيد الامتياز في السجل التجاري

2- يقع التقييد في كتابة ضبط كل محكمة يوجد في دائرتها فرع يشمله بيع الأصل

3- ويجب أن يتم التقييد، تحت طائلة البطلان، بسعي من البائع داخل 15 يوما من تاريخ إبرام العقد.

4- أن يبين في القيد عناصر الأصل التجاري الضامنة لوفاء الثمن، وإذا لم تبين اقتصر الضمان على الاسم التجاري والشعار والحق في الإيجار، والزبناء، والسمعة التجارية.

وبفضل هذا التقييد يتمتع البائع كذلك بحق الامتياز أي حق الأولوية على جميع دائني المشتري حتى ولو كان هذا الأخير في حالة تسوية أو تصفية قضائية.

- **حق طلب فسخ البيع**، حسب القواعد العامة فإنه يمكن للبائع أن يطلب فسخ عقد البيع لعدم تنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن، لكن ونظرا لتعلق ممارسة

هذا الحق بمصالح دائني المشتري، فإن المشرع استوجب لإقامة دعوى الفسخ توفر الشروط التالية:

1- يجب الإشارة صراحة أثناء تسجيل الامتياز في السجل التجاري على حق البائع في الفسخ (المادة 99).

2- يتبع حق الفسخ حق الامتياز في قيامه وزواله، فلا يمكن ممارسة دعوى الفسخ تجاه الغير بعد انقضاء الامتياز.

3- تقتصر هذه الدعوى مثل الامتياز على العناصر التي يشملها البيع وحدها.

4- إذا تم الفسخ برضا الأطراف أو طبقا لشرط في العقد يقضي بانفساخه في حالة عدم أداء الثمن، فإن الفسخ لا ينتج آثاره بالنسبة للدائنين الذين سجلوا ديونهم في السجل التجاري داخل الأجل القانوني، إلا بعد ثلاثين يوما من إشعارهم (المادة 102).

5- في حالة اللجوء إلى الفسخ قضاء، فإنه يجب على البائع أن يبلغ الدائنين المسجلين في السجل التجاري بذلك إقامة الدعوى، ولا يجوز أن يصدر الحكم بالفسخ في هذه الحالة إلا بعد ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ الإشعار (المادة 101).

6- في حالة طلب بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني من قبل سنديك التسوية أو التصفية القضائية، أو من قبل أي مصف أو مسير قضائي أو صاحب حق، وجب على الطالب أن يبلغ البائعين السابقين بإجراء البيع بالمزاد العلني، ويستدعيهم لممارسة حقهم في الفسخ داخل 30 يوما من تاريخ التبليغ، وإلا سقط حقهم ذاك (المادة 103).

ب - التزامات البائع

يترتب على بيع الأصل التجاري التزامان أساسيان في ذمة البائع:

- التزام بتسليم المبيع بكافة عناصره.

- الإلتزام بالضمان ويتمثل في:

1- ضمان عمل البائع الشخصي (الالتزام بعدم المنافسة)، بحيث يجب عليه أن يمتنع عن كل فعل من شأنه أن يمنع أو يضايق المشتري في ممارسة حقوقه على الأصل التجاري، ويجب على الخصوص أن يمتنع عن منافسته بمزاولة نفس التجارة في دائرة نشاط الأصل التجاري[1]

2- ضمان البائع لاستحقاق الأصل التجاري، أو أي عنصر جوهري فيه للغير- كما لو كان موضوع لبيع سابق، كما لو كانت براءة الاختراع أو حق الإيجار- ترتب ضمان ذلك على البائع (الفصل 534 من ق. ل.ع)، ومن حق المشتري أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن

1- الفصل 533 من قانون الالتزامات والعقود

مع التعويض من الضرر (الفصل 538 من ق ل ع) أو أن يطلب إنقاص الثمن (الفصل 542 ق ل ع).

3- **ضمان البائع للعيوب الخفية التي قد تظهر في الأصل التجاري** والتي يكون من شأنها إنقاص قيمته أو إنقاص نفعه بشكل محسوس (الفصل 549 من ق ل ع).

وفي الحالتين الأخيرتين يمكن للمشتري طلب فسخ البيع والتعويض عن الضرر أو إنقاص الثمن[1].

ثالثا: آثار بيع الأصل التجاري بالنسبة للمشتري

الالتزام الأساسي الذي يقع على المشتري هو دفع الثمن المتفق عليه، وإذا كان الثمن معجلا وتم تسجيل البيع في السجل التجاري، فإنه عليه أن يتريث في أدائه إلى البائع إلى أن تنقضي مهلة التعرض(15 يوما) من دون أن يتعرض أحد، ويدفعه عندئذ ولا مسؤولية عليه تجاه دائني البائع، أما إذا دفعه مع وجود متعرض، أو دفعه قبل انصرام أجل 15 يوما المقررة للتعرض، فإن الأصل التجاري يبقى ضامنا لديون البائع، وتنحصر كل حقوقه في الرجوع على هذا الأخير بكل مبلغ دين يسدده عوضا عنه باعتباره الضامن لكل استحقاق يقع على المبيع.

المطلب الثاني: رهن الأصل التجاري

يعتبر الأصل التجاري من أبرز الضمانات العينية التي تقدم عادة من قبل التجار ضمانا للقروض التي يحصلون عليها، فهو إذن أداة مهمة للإئتمان بالنسبة للتاجر[2].

ولما كان الأصل التجاري مالا منقولا معنويا يمكن شهر جميع التصرفات القانونية الواردة عليه، فإنه لا يخضع لمبدأ :"الحيازة في المنقول سند الملكية" الذي ينص عليه الفصل 456 من ق.ل.ع . ولا يخضع للأحكام المتعلقة بالرهن الحيازي للمنقول التي تخول للدائن حيازة المرهون إلى حين الوفاء بالدين، مما يفقد الأصل التجاري قيمته الإئتمانية.

وهكذا أخضع القانون المغربي رهن الأصل التجاري لأحكام خاصة[3]، تمكن التاجر من رهنه دون نقل حيازته (المواد 106 إلى 151). فما هي شروط إنشاء رهن الأصل التجاري؟ وما هي آثاره؟

الفقرة الأولى: شروط رهن الأصل التجاري

يشترط في رهن الأصل التجاري توفر الأركان العامة للتعاقد من رضا وأهلية وسبب ومحل، وذلك بالإضافة إلى شرطي الكتابة والشهر، كما يشترط القانون كذلك بالنسبة لمحل التزام الراهن، تحديد العناصر التي ينصب عليها الرهن وتلك المستثناة.

1 - الفصلان 556 و 557 من ق ل ع.

2 - عبد الحميد هميجة، رهن الأصل التجاري على ضوء أحكام مدونة التجارة، مجلة المعيار، العدد: 24، أكتوبر 1999، ص 14.

3 - غير أن هذه الأحكام لا تعمل إلا بالنسبة للمحل التجاري الذي يتعاطى النشاط التجاري فعلا، ومع ذلك فإن القانون سمح استثناء بإنشاء الرهن على الأصل التجاري قيد التأسيس، على أن يقتصر أثره على العلاقة بين الدائن والمدين دون الغير.

أولا : العناصر المشمولة بالرهن

لقد حدد المشرع في المادة 107 من مدونة التجارة، العناصر التي يمكن أن تكون محلا للرهن، وهي كافة العناصر باستثناء البضائع. ولعل الحكمة من استبعاد المشرع للبضائع من رهن الأصل التجاري واضحة، وهي أنه إذا شملها الرهن فإنه يجب على المدين الراهن أن يبقيها تحت حراسته، في حين أنها معدة للبيع. فيتعطل بذلك عمل التاجر، الذي على أساسه يمكنه الوفاء بديونه وبالتالي فك الأصل التجاري من الرهن.

ثانيا: الشروط الشكلية لرهن الأصل التجاري

يخضع الأصل التجاري لنفس الإجراءات التي يخضع لها بيعه[1]، وعلى هذا:

1- يجب أن ينظم هذا العقد بمقتضى عقد مكتوب، رسميا كان أو عرفيا، وأن يبين فيه تاريخ العقد وأسماء وألقاب وموطن الأطراف وعناصر الأصل التجاري المشمولة بالرهن، ومبلغ الدين الذي يضمنه والشروط المتعلقة بالفوائد والاستحقاق (المادتان 108 و 132).

2- يجب أن يقوم الدائن المرتهن شخصيا أو بواسطة الغير، خلال 15 يوما من تاريخ العقد، بإيداع نسخة من العقد إذا كان عرفيا أو نظيرا منه إذا كان رسميا لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة بمسك السجل التجاري لمقر الأصل التجاري. ويرفق كل منهما بجدولين محررين على ورق عادي موقعين من طرفه يشتملان على الاسم العائلي والشخصي لكل من الراهن والدائن المرتهن، وتاريخ العقد وطبيعته، ومبلغ الدين، وتعيين الأصل التجاري، وعند الإقتضاء الفروع التابعة له، والموطن المختار من طرف الدائن المرتهن(المادتان 131 و 132 من م ت).

3- يجب أن يقوم الدائن المرتهن بتقييد مستخرج من العقد في السجل التجاري لاطلاع الجمهور عليه، تحت طائلة بطلان امتيازه، ويجب أن يتضمن المستخرج تاريخ العقد، والأسماء الشخصية والعائلية لمالك الأصل التجاري، وللدائن وموطنهما، وبيان الفروع ومقارها التي يشملها الرهن (المادة 108 فقرة 2). وإذا طال أمد الرهن يجب عليه أن يجدد القيد في السجل التجاري في اجل خمس سنوات (المادة 137 من م ت).

ويترتب عن إهمال واحد أو أكثر من البيانات الواردة بالجدولين المشار إليهما أعلاه بطلان التقييد إذا نشأ عنه ضرر للغير، ويطلب الحكم بالبطلان الأشخاص الذين لحقهم ضرر من جراء الإهمال أو الإخلال، والقاضي الذي ينظر في الطلب أن يقرر بحسب أهمية الضرر ونوعه، إما إبطال التقييد أو الحد من آثاره (المادة 133).

الفقرة الثانية: آثار رهن الأصل التجاري

ينتج عن هذا الرهن آثار سواء في مواجهة الدائن المرتهن أو في مواجهة الدائنين العاديين.

[1] - تنص المادة 108 من مدونة التجارة على أنه: " بعد التسجيل يثبت الرهن بعقد محرر كعقد البيع وفقا للقواعد المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية للمادة 83"

أولا: آثار الرهن في مواجهة الدائن المرتهن

بمجرد ما يتم تقييد الرهن في السجل التجاري، فإن الدائن المرتهن يكتسب حق امتياز على الأصل التجاري لمدة 5 سنوات، من تاريخ التسجيل، قابلة للتجديد قبل انقضاء هذه المدة[1].

وحق الامتياز هذا يخول للدائن المرتهن حق الأولوية في استيفاء دينه من ثمن الأصل التجاري في حالة عدم وفاء المدين به وذلك في مواجهة دائني هذا الأخير العاديين أو دائنيه المرتهنين الذين سجلوا رهنهم في تاريخ لاحق[2]، وهو يتمتع بهذا الحق حتى ولو كان قد تم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في حق المدين الراهن.

كما يتمتع الدائن المرتهن كذلك بحق تتبع الأصل التجاري المرهون وتتبع كل عنصر من العناصر المشمولة بالرهن في أي يد كانت (المادة 122) بحيث إذا قام المدين الراهن بتفويته إلى الغير بالرغم من الرهن الواقع عليه، فإن للدائن أن ينفذ عليه بين يدي ذلك الغير، والذي من المفروض عليه أن يكون على دراية كافية بالوضعية القانونية التي يوجد عليها الأصل التجاري والتي يوفرها له التسجيل.

- ومن الالتزامات كذلك الملقاة على عاتق الراهن، إعلام الدائن المرتهن بكل التصرفات القانونية ذات الأهمية التي يمكن أن يكون الأصل التجاري محلا لها. وتتمثل أهم حالات الإعلام التي نص عليها القانون في:

أ- حالة تغيير مقر الأصل التجاري (المادة 111)

ب- حالة إقامة مالك العقار الذي يستغل فيه الأصل التجاري دعوى فسخ عقد الكراء (المادة 112).

ت- حالة بيع العناصر التي يتكون منها الأصل التجاري كلا على حدة (المادة 120)

ج- حالة الحكم ببيع الأصل التجاري تحقيقا لامتياز البائع أو تحقيقا لرهن ثاني (المادة 116)

د- حالة إعلان التسوية أو التصفية القضائية في حق المدين الراهن (المادة 686).

- التنفيذ على الأصل التجاري

إذا لم يقم المدين الراهن بالوفاء بدينه في التاريخ المحدد له، فإنه يمكن للدائن أن ينفذ على الأصل التجاري نفسه[3]، الذي ليس إلا ضمانا لذلك الدين.

ويتم التنفيذ عن طريق استصدار حكم من المحكمة، بعد توجيه إنذار إلى المدين بالوفاء خلال ثمانية أيام من التوصل بالإنذار (المادة 114 من م ت)

و يلاحظ أن المشرع أخضع البث في طلب تحقيق الرهن إلى مسطرة سريعة، إذ أوجب على المحكمة أن تصدر حكمها خلال 15 يوما التي تلي أول جلسة، ويكون هذا الحكم

[1] - المادة 137 من مدونة التجارة
[2] - المادتان 109 و 110 من م ت
[3] - هاشم علوي بومعريص، رهن الأصل التجاري وتحقيق الرهن. المعيار العدد: 5- 1984- ص 20

غير قابل للتعرض و مشمولا بالنفاذ على الأصل. ويكون لاستئناف الحكم أثر موقف، ويجب أن يقع خلال 15 يوما من تبليغ الحكم، ويصدر قرار محكمة الإستئناف خلال الثلاثين يوما، ويكون قرارها قابل للتنفيذ على الأصل(المادة 113 من م ت).

وبعد الحكم يتم بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني بواسطة كتابة ضبط المحكمة ثلاثين يوما من تبليغ الحكم إلى المدين الراهن ما لم يمدد رئيس المحكمة باعتباره قاضيا للمستعجلات هذا الأجل بأمر معلل لمدة إضافية لا يمكن أن تتعدى 60 يوما. ويستوفي الدائن المرتهن حقه من الثمن بالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين الموالين له في التسجيل، وذلك ما لم تكن هناك ديون تتمتع بحق امتياز قانوني[1](المواد من 118 إلى 121).

ثانيا: آثار الرهن في مواجهة الديون العاديين

ينتج كذلك عن رهن الأصل التجاري استحقاق ديون الدائنين العاديين السابقة للرهن متى كانت مترتبة عن استغلال الأصل التجاري[2].

فحماية لحقوق الدائنين العاديين، فإن المشرع منح لهم الحق في أن يطلبوا إسقاط أجل تلك الديون بحيث تصبح مستحقة الأداء على الفور. ويلاحظ أن المشرع أخضع البث في طلب أجل الديون هنا لنفس المسطرة التي قررها بالنسبة للتنفيذ على الأصل التجاري المرهون (المادة 111 الفقرة الأخيرة)[3].

المطلب الثالث: التسيير الحر للأصل التجاري

يعتبر الأصل التجاري مال منقول معنوي يدخل في ملكية صاحبه ويعطيه الحق في الإستئثار باستغلاله، وبالنظر لإمكانية التصرف في حق الاستغلال مستقلا عن حق الملكية، فإنه بإمكان مالك الأصل التجاري أن يؤجر حق استغلاله إلى الغير مع احتفاظه بملكيته، وهذا ما يسمى بالتسيير الحر للأصل التجاري (la gérance libre)[4]

الفقرة الأولى: التعريف بعقد التسيير الحر وطبيعته

أولا: تعريف عقد التسيير الحر

عرفت المادة 152 من مدونة التجارة عقد التسيير الحر بأنه: "...كل عقد يوافق بمقتضاه مالك الأصل التجاري أو مستغله على إكرائه كلا أو بعضا لمسير يستغله تحت مسؤوليته".

فعقد التسيير الحر إذن هو عقد إيجار للأصل التجاري يعطي للمستأجر الحق في استغلال هذا الأخير لحسابه الخاص وعلى مسؤوليته وحده ومن دون تحمل المالك بأي التزام ناتج عن هذا الإستغلال، وذلك مقابل وجيبة كراء يدفعها للمكري[5].

[1] - إذ حسب الفصل 1248 من ق ل ع فإن الديون الممتازة لها حق الأولوية في الأداء على الديون المضمونة برهن رسمي، والديون الممتازة بحسب الترتيب هي: مصروفات الجنازة، مصروفات العلاج في مرض الموت، المصروفات القضائية، الأجور والتعويضات عن العمل، تعويضات المصاب في حادثة شغل، الديون المستحقة للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

[2] - المادة 111 الفقرة ما قبل الأخيرة.

[3] - وهي قواعد المسطرة المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة من المادة 113 من م ت.

[4] - عبد الواحد بن مسعود، حق كراء الأصل التجاري، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 18- 1985- ص 53.

[5] - رغم كون المادة 152 من م ت لم تشر إلى الوجيبة فإن تعريفها للتسيير الحر بأنه كراء يكفي لإفادة ذلك.

وتقوم الحاجة في الالتجاء إلى عقد التسيير الحر للأصل التجاري عندما يتعذر على مالكه استغلاله بنفسه، كما لو كان قد حصل عليه عن طريق الإرث دون أن تكون له خبرة بالتجارة، أو كان قاصرا لا تتوفر فيه بعد الأهلية لمزاولة العمل التجاري، أو كان يمارس مهنة تتنافى مع التجارة كما لو كان موظفا أو محاميا.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد التسيير الحر

قد يعتقد البعض أن عقد التسيير الحر هو التنازل عن الحق في إيجار العقار الذي يستغل فيه الأصل التجاري، أو أنه كراء من الباطن لذلك العقار، والواقع أن عقد التسيير الحر هو غير كل ذلك، فهو ليس تنازلا عن حق الإيجار، باعتبار هذا الأخير لا يشكل إلا أحد عناصر الأصل التجاري الذي تم تأجيره فقط ولم يتم تفويته، كما أنه ليس عقد كراء من الباطن للعقار الذي يستغل فيه الأصل التجاري، فمحل عقد التسيير الحر هو الأصل التجاري ككل باعتباره مالا معنويا منقولا يتمتع بشخصية مستقلة عن العناصر المشكلة له.

فعقد التسيير الحر عقد ذو طبيعة خاصة، لذلك لا يخضع للمقتضيات القانونية المتعلقة بتأجير المحلات المعدة للإستعمال التجاري والصناعي والحرفي(ظهير 24 مايو 1955)[1].

ولكن باعتباره عقد إيجار حقيقي محله منقول معنوي هو الأصل التجاري فإنه تنطبق عليه أحكام الإيجار عامة(الفصول من 627 إلى 699 من ق ل ع)، بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بهذا العقد الواردة في مدونة التجارة (المواد من 152 إلى 158).

ثالثا: شروط صحة عقد التسيير الحر

يشترط لقيام عقد التسيير الحر، توفر الأركان العامة للتعاقد بالإضافة إلى شروط شكلية خاصة يطلبها المشرع.

I- الأركان العامة في عقد التسيير الحر

- عقد التسيير الحر من العقود الرضائية وبالتالي يجب لانعقاده، توفر رضا الطرفين وينبغي أن يكون سليما وخاليا من عيوب الإرادة كالتدليس والغبن والإكراه والغلط. ويجب أن يتم التراضي على الأجرة، التي يمكن أن تكون مبلغا محددا أو نسبة معينة من مردود الاستغلال.

- كما يتعين أن يكون محل عقد التسيير الحر موجودا، ومحددا، أي أن يكون الأصل التجاري قائم ، أما إذا كان لازال في طور التكوين، أو كان قائما ولكن تلاشى لسبب من الأسباب، فإنه لا يجوز وضعه في التسيير الحر، وإلا كان العقد باطلا لانعدام محله.

ولما كانت البضائع لا يمكن أن تكون محلا للإيجار، لأنها معدة بطبيعتها للبيع، وبالتالي لا يمكن مطالبة المستأجر بإعادتها في نهاية الإيجار، فإنها يجب أن تكون محل اتفاق

[1] قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 2014 بتاريخ 20 يوليوز 1993 في الملف التجاري عدد: 93/980، مجلة المحاكم المغربية، العدد 70، 1994 ص 119.

خاص بين الطرفين أثناء التعاقد، بحيث إما أن تستبعد نهائيا من التعاقد، أو أن يشتريها المستأجر، أو أن يلتزم هذا الأخير بإعادة ما يماثلها نوعا وكمية في نهاية الإيجار[1].

- ويشترط في مسير الأصل التجاري أن يكون متمتعا بالأهلية التجارية، وذلك لكونه يمارس عملا تجاريا بالتبعية، مما يكسبه صفة تاجر، أما بالنسبة للمؤجر فيكفي أن تتوفر فيه أهلية التصرف، ومتى كان قاصرا أو أهليته يشوبها عارض من عوارض الأهلية كالسفه والجنون، فإن نائبه الشرعي هو الذي يعقد عنه التسيير الحر بعد الحصول على إذن قاضي القاصرين.

2- الشروط الشكلية في عقد التسيير الحر

- اشترط المشرع شهر عقد التسيير الحر، وذلك عن طريق نشر مستخرج منه في الجريدة الرسمية وفي جريدة للإعلانات القانونية في أجل 15 يوما، من تاريخ إبرامه، ولعل غاية المشرع من عملية الشهر هذه هي إحاطة العموم علما بالوضعية التي يوجد عليها الأصل التجاري، من حيث المسؤول عن استغلاله والذي تنصرف إليه نتائج الاستغلال.

- كما يجب على المكري إما أن يطلب شطب اسمه في السجل التجاري، وإما أن يغير تقييده الشخصي بالتنصيص صراحة على وضع الأصل في التسيير الحر(المادة 153).

- ويجب على المسير الحر أن يسجل نفسه في السجل التجاري كمسير حر لذلك الأصل التجاري، وذلك حتى يتمكن من الاحتجاج بهذه الصفة تجاه الغير(المادة 60 من مدونة التجارة).

الفقرة الثانية: آثار عقد التسيير الحر

تترتب عن عقد التسيير الحر مجموعة آثار فيما بين طرفيه وكذلك في مواجهة الغير.

1- آثار العقد فيما بين طرفيه

يقوم عقد التسيير الحر على الاعتبار الشخصي في مواجهة المستأجر(المسير الحر) من حيث أن المؤجر إنما يسعى إلى وضع أصله التجاري بين يدي شخص مهم قادر على المحافظة عليه وتنميته، لأنه بدون ذلك قد تندثر قيمته بشكل لا يتلاءم إطلاقا مع مقابل الإيجار الذي يحصل عليه، وينتج عن هذه الطبيعة آثار بالنسبة للطرفين:

- آثار العقد بالنسبة للمؤجر

- يجب على المؤجر أن يسلم الأصل التجاري بكافة عناصره، حسبما يتفق وطبيعته إلى المستأجر، بما يسمح لهذا الأخير من استغلاله استغلالا هادئا (الفصل 636 من ق ل ع).

- يقع عليه ضمان استحقاق الأصل التجاري واستحقاق أي عنصر من عناصره، وضمان العيوب الخفية التي قد تعتريه أو تعتري عناصره.

[1] كما يمكن أن يرد عقد التسيير الحر على جزء من الأصل التجاري فقط مثل فرع أو وكالة ينتميان إلى أصل تجاري، أو جانب من محل يستغل فيه جزء من نشاط تجاري مثل مقهى يوجد فيها حيز لبيع المأكولات، حيث ينصب عقد التسيير الحر على ذلك الجزء فقط.

- كما يجب على المؤجر أن يمتنع عن أي تصرف يعيق استغلال الأصل التجاري، وبالخصوص الامتناع عن القيام بأعمال المنافسة الغير المشروعة.

- آثار العقد بالنسبة للمسير الحر

يعتبر عقد التسيير الحر عقد إيجار يخول للمؤجر حق استغلال الأصل التجاري.

- لحسابه وعلى مسؤوليته – دون حق التصرف فيه الذي يبقى في يد المالك، والذي يمكنه من بيعه ورهنه أو تقديمه حصة في شركة.

ومن ثم يمنع على المسير أن يمارس أي من سلطات المالك المذكورة، كما يمنع عليه تأجير الأصل التجاري من الباطن دون موافقة المؤجر نظرا للاعتبار الشخصي[1] الذي يقوم عليه الإيجار.

كما يجب على المؤجر أن يلتزم بالمحافظة على عناصر الأصل التجاري، وأن يبذل جهده لتنميته وازدهاره، ويمنع عليه أن يوسع نشاط الأصل التجاري إلى غير النشاط الذي تعاقد عليه، أو أن يتخلى عن وجه من وجوه ذلك النشاط إلا إذا حصل ذلك بموافقة المكري(663 ق ل ع).

كما يجب على المسير أن يعيد في نهاية العقد إلى المؤجر الأصل التجاري وهو على حالته التي تسلمه عليها على الأقل. كما يلتزم بدفع الأجرة المتفق عليها.

- آثار العقد بالنسبة للغير

والغير هنا يشمل دائني كل من المؤجر والمستأجر

- بالنسبة لدائني المؤجر : يعتبر الأصل التجاري الضمان العام لدائني المؤجر، وإذا قام هذا بوضعه في التسيير الحر، قد يرى هؤلاء أن في ذلك إضعاف لضمانهم، ذلك أن استغلال الأصل التجاري انتقل من شخص تعاملوا معه على أساس ما رأوا فيه من ائتمان إلى شخص آخر قد لا يرو فيه نفس المواصفات، وحماية لحقوق هؤلاء فإن المشرع منح لهم الحق في أن يتقدموا بطلب إلى المحكمة التي يوجد الأصل التجاري بدائرتها، ليصرحوا بحلول آجال ديونهم المتعلقة باستغلال ذلك الأصل إذا ما قدروا أن تأجيره يعرض ديونهم للضياع، ويجب رفع الطلب داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ شهر عقد التأجير(المادة 152 من م ت).

وإذا لم يقم المؤجر بإجراءات الشهر، وتعديل القيد في السجل التجاري بما يفيد أنه توقف عن مزاولة التجارة، وأنه قد وضع أصله التجاري في إطار التسيير الحر فإنه يظل مسؤولا بالتضامن مع المسير(المستأجر) عن الديون التي تترتب عن استغلال الأصل التجاري حتى أثناء سريان عقد التسيير الحر، وذلك إلى حين تدارك إجراءات الشهر والقيد في السجل التجاري(المادة 155 و60 من م ت).

- بالنسبة لدائني المسير الحر : للمزيد من الحماية قرر المشرع جعل المكري مسؤولا على وجه التضامن مع المسير الحر عن الديون المقترضة[1] من قبل هذا الأخير بمناسبة

[1] محمد الشافعي، القانون التجاري، سلسلة القانون المغربي للأعمال والمعاملات، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1994، ص 106.

استغلاله للأصل التجاري، والناشئة خلال مدة السنة أشهر التي تلي تاريخ العقد(المادة 155).

أما بالنسبة للديون الناشئة بعد ذلك فيسأل عنها المسير الحر بمفرده، وعند انتهاء مدة عقد التسيير الحر فإن كافة الديون المتعلقة باستغلال الأصل التجاري حالة فورا(المادة 157) وهذه الضمانة قررها المشرع لدائني المسير الحر ضمانا لاستيفاء ديونهم حتى لا يختفي بعد انتهاء العقد تهربا من أدائها لهم. وسقوط أجل الديون هنا يكون بقوة القانون ودون حاجة لحكم قضائي يقرره، فمجرد انتهاء مدة العقد يجعل الديون حالة، فإما أن يفي بها المسير طوعا، وإلا جبرا عن طريق القضاء.

المطلب الرابع: تقديم الأصل التجاري حصة في شركة

كما يمكن بيع الأصل التجاري فإنه يمكن تقديمه حصة في شركة، وهذا التقديم شأنه شأن البيع يستتبع نقل ملكية الأصل التجاري من مالكه الأصلي إلى الشركة، وهو ما يعني خروجه من ضمان دائنيه، من هنا فإن المشرع المغربي أخضعه لبعض القواعد الخاصة في المدونة الجديدة (المواد 104 إلى 105) كالتالي:

- إشهار العملية وفق المادة 83 من مدونة التجارة، وذلك لتمكين الدائنين العاديين للشريك مقدم الأصل التجاري من أن يصرحوا أمام كتابة ضبط المحكمة التي أودع فيها العقد بديونهم، وذلك داخل أجل 15 يوما الموالية للنشر الثاني الذي تقوم به الشركة، ويسلم لهم كاتب الضبط إيصالا بذلك(المادة 104).

- ولم يحدد المشرع الشكل الذي يجب أن يكون عليه التصريح فيمكن أن يكون شفويا، غير أنه في الممارسة غالبا ما يأتي في شكل كتابي. وإذا أهمل الدائنون هذه المسطرة فقدوا حقهم في ممارسة أية دعوى ضد الشركة، ولا يبقى لهم سوى رفع دعوى شخصية ضد مقدم الأصل حصة في شركة.

للشركاء حق الخيار بين قبول تحمل الديون المصرح بها، والتي تثقل الأصل التجاري، أو رفضها، فإن رفضوها كان بإمكانهم أو أحدهم أن يرفع دعوى بإبطال الحصة أو الشركة.

وإذا لم يقدم الشركاء أو أحدهم داخل 30 يوما الموالية للنشر الثاني، دعوى إبطال الشركة أو الحصة أو إذا لم يقع التصريح بالإبطال تبقى الشركة ملزمة على وجه التضامن مع المدين الرئيسي بأداء الدين الثابت المصرح به في الأجل المذكور.

المبحث الثالث: حماية الأصل التجاري

- حماية الأصل التجاري تعني في حد ذاتها حماية العناصر المكونة له سواء منها المادية والمعنوية وذلك عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

---

[1] - والمقصود بـ"الديون المفترضة" الواردة في صيغة المادة 155، الديون ذات المصدر التعاقدي دون تلك التي يكون مصدرها الفعل غير المشروع أو القانون (الضرائب والرسوم الجمركية...)

المطلب الأول: المقصود بالمنافسة غير المشروعة

مزاولة الأعمال التجارية وبالتالي احترافها لم تعد قاصرة على فئة من الأفراد وإنما يحق لكل من يرغب من اتخاذ التجارة حرفة له أن يمارسها طبقا لمبدأ حرية التجارة الذي أصبح سائدا في مختلف التشريعات، وذلك لما يحققه هذا المبدأ من منافسة تعود بمنافع سواء على الجمهور الذي يستفيد من جودة الإنتاج وتخفيض الأسعار، كما أن التزاحم والتسابق لأجل الإبداع والإنتاج يحقق التقدم الصناعي والازدهار التجاري داخل المجتمع.

غير أن ما ترتبه حرية مزاولة الأعمال التجارية من منافسة مقيد بمجموعة من المبادئ التي يتعين عدم تجاوزها.

أولا: المنافسة الغير المشروعة تناولها المشرع في المادة 184 من القانون الجديد للملكية الصناعية والتجارية لسنة 2000 التي نصت على أنه:" يعتبر عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة، كل عمل منافسة يتنافى وأعراف الشرف في الميدان الصناعي أو التجاري...". فهي كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية[1]، و تعني انحراف التاجر عن الطريق السليم وعن المبادئ الأخلاقية كأن يلتجأ إلى تشويه سمعة منافسه في ذات التجارة، والتشهير به، كادعائه أنه على وشك الإفلاس، أو أن منتجاته غير سليمة أو تنقصها الجودة، أو تضليل الجمهور باستعمال علامة أو تقليدها[2] ، أو اسمه التجاري، وخلاصة القول اقتناص الزبناء الذين اعتادوا التعامل مع محل معين بطرق غير مشروعة تتعارض والعادات والمبادئ والأخلاق، مما يشكل في حد ذاته عملا غير مشروع يخول المتضرر إجبار المعتدي عن التوقف عن عمله غير المشروع عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

وأعمال المنافسة الغير المشروعة هي من السعة والتشعب بحيث يصعب حصرها وتثبيت حدودها[3]. ومن تم فهي تستعصي بطبيعتها على الحصر في نص قانوني[4]، وهذا ما جعل المشرع يكتفي بالإشارة في النص المذكور لأهم حالاتها.

ثانيا: المنافسة الغير القانونية أو الممنوعة ويقصد بها الأفعال التي يأتيها التاجر وتكون مخالفة للقوانين واللوائح، فالمشرع يقوم من حين لآخر بإصدار قوانين وتنظيمات تتعلق بحماية مهنة التجارة وما يرتبط بها من مراعاة لمبادئ وأخلاق أساسية، خاصة ما يتعلق بالمنافسة، والقيود المتعلقة بها لغرض منع الغش وتضليل المستهلكين، وعادة ما ترتبط تلك القوانين بجزاءات معينة، ومن خلال ذلك يتضح بأن المنافسة الممنوعة قانونا، أساس المنع أو التحريم فيها هو القانون الذي قد ينص على الحضر النهائي لكل تزاحم أو منافسة، ومن الأمثلة الواضحة على المنافسة الممنوعة، مزاولة مهنة الصيدلة من قبل شخص لا يتوفر على الشهادة العلمية التي يفرضها القانون، فهذا الشخص ممنوع من المنافسة أصلا. ويعتبر من قبيل المنافسة الممنوعة كذلك احتكار الدولة لنشاط اقتصادي معين مثل النقل عبر السكك الحديدية في المغرب والبريد والتلغراف، وصناعة الدخان وغيرها.

---

[1] - تعريف المشرع المصري في المادة 66 من القانون التجاري المصري الجديد(1999).

[2] - أكثم الخولي، المرجع السابق، الفقرة 341.

[3] - نعمة صعفك الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق (الكويتية) السنة التاسعة عشرة، العدد 1 مارس 1995، ص 11.

[4] - نعمة صعفك الشمري، مرجع سابق، ص 17.